

دكتور عبد الحميد محمود البعلبي

أستاذ الفقه المقارن والاقتصاد الإسلامي
رئيس قسم الاقتصاد - كلية الشريعة
وأصول الدين - جامعة محمد بن سعود
الإسلامية - أبها - (سابقاً)

ضوابط الحقوق

دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي
وموازنة بالقانون الوضعي وفقره

الناشر
مكتبة وهبة

١٤ شارع الجمهورية - عابدين
القاهرة - تليفون ٣٩١٧٤٧٠

إهداء ٢٠٠٦

المرحوم الدكتور / علي حسين كرار
القاهرة

دكتور عبد الحميد محمود البعلبي

استاذ الفقه المقارن والاقتصاد الاسلامي
رئيس قسم الاقتصاد - كلية الشريعة
وامول الدين جامعة محمد بن سعود
الاسلامية - ابها - (سابقا)

ضوابط الاعتقود

دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي
وموازنة بالقانون الوضعي وفقره

الناشر
مكتبة وهبة
١٤ شارع الجمهورية - عابدين
تليفون ٣٤١٧٤٧٠

الطبعة الأولى

جميع الحقوق محفوظة

دار الفکر والنشر
٩٢٥٢٠٤
الأزهر ٣ رمضان ١٤١٥ هـ - جوار جامع الأزهر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ملخص وصفي لبحث ضوابط العقود في الفقه الاسلامي

● تقديم :

ان الكتابة في الفقه بطريقة الضوابط أحد الوسائل العلمية لتبسيط المادة وتيسيرها على نحو دقيق وإن لم تكن تلك الطريقة بمستحدثة فقد استخدمها كثير من الفقهاء الذين كتبوا في القواعد الفقهية .

فالضوابط الفقهية تقدم للقارئ والباحث في موضوع واحد أحكامه في فروع المختلفة دون تفصيل أو إسهاب ، أما القواعد الفقهية فتتسع لأكثر من موضوع من موضوعات الفقه . وأخرج لنا الفقهاء في القواعد الفقهية العديد من المؤلفات مثل كتاب قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام والقواعد الفقهية لابن حجر وابن رجب والكرخي وابن الساعاتي وغيرهم . والعقود الفقهية من أهم أبواب المعاملات الإسلامية والكتابة فيها بطريقة الضوابط قد تكون أكثر فائدة من غيرها .
لذلك كان اهتمامي بمحاولة تقديم العقود على هذه الطريقة تيسيراً لها وجمعاً لمتفرقاتها وضبطاً لمسائلها .

فصل تمهيدي : عن العقد

المطلب الأول - معلومات تمهيدية عن العقد تشتمل على ما يلي :

أولاً - لمحة تاريخية عن العقد .

وقد أوضحت فيها اختلاف نظرة الأنظمة الوضعية القديمة للعقود عنها في التشريع الإسلامي الذي لم يخضع العقود لأنماط من الشكلية

كالقانون الروماني مثلا ، الا ما اعتبر فيه مصلحة ثابتة دائمة ومساس
بالغاية المقصودة من العقد كلزوم الاشهاد في عقد النكاح وطريقة التلاعن
بين الزوجين والارشاد الى توثيق العقود واشتراط القبض في عقد الرهن
والتبرع مثلا .

ثانيا : أهمية العقود في معاملات الناس .

ثالثا : موقف التشريع الاسلامي من العقود .

وهنا حاولت استخلاص الأصول والمبادئ الأساسية التي توضح
نظرة الفقه الاسلامي الى العقود ، ومن هذه الأصول ما يلي :

- ١ - الرضائية .
- ٢ - حسن النية .
- ٣ - حرية التعاقد وأقوال المذاهب والترجيح .
- ٤ - اعتبار العرف والعادات في تحديد الالتزامات .
- ٥ - الوفاء .
- ٦ - الأصل العقائدي .

المطلب الثاني - تعريف العقد في الفقه الاسلامي :

أولا - معنى العقد في اللغة .

ثانيا - معنى العقد في الاصطلاح :

(أ) المعنى الخاص . (ب) المعنى العام .

الفرق بين العقد والتصرف وأنواع التصرفات .

العقد والالتزام والالزام .

العقد والوعد وأقوال الفقهاء في الوعد .

الفصل الأول : تكوين العقد

المبحث الأول : أركان العقد •

تمهيد : معنى الركن والفرق بينه وبين الشرط •

المطلب الأول : صيغة العقد •

ويراد بها ما يتحقق به العقد ويوجد بما يدل على ذلك من لفظ أو إشارة أو كتابة أو فعل وغيرها •

أولا – الايجاب والقبول ، وأقوال المذاهب الاسلامية •

ثانيا – شروط الايجاب والقبول :

الشرط الأول – أن يكون الايجاب والقبول بلفظ الخبر •

صيغة الماضي والمضارع والاستفهام والاستقبال •

ومن دراسة هذه المسألة خلصنا الى عدة أمور هي :

١ – ان الفقهاء المسلمين يؤثرون صيغة الماضي لانعقاد العقد

على العموم لدلالاتها على التحقيق •

٢ – ان اللفظية غير الشكلية ، فاذا كان الفقهاء يؤثرون اللفظ فانه

لا يشترط لفظ معين بل يجوز أى لفظ يؤدي الى معنى المبادلة مثلا في

البيع وذلك ما لم تختص بعض العقود بألفاظ معينة •

٣ – ان اهتمام الفقهاء بالصيغة انما لكونها وعاء الارادة •

التعبير بغير اللفظ كالكتابة والرسالة والاشارة والتعاطى والدلالة،

وبيان الضابط الفقهي في كل وسيلة من هذه الوسائل أخذنا من أقوال

الفقهاء •

الشرط الثاني : توافق الايجاب والقبول ، معناه وصوره وعدم تغير

المحل ما بين الايجاب والقبول •

الشرط الثالث : التعاقد بين حاضرين ومجلس العقد •

المقصود بمجلس العقد والراجع فيه من الأقوال •

عقود مستثناة من اشتراط القبول في مجلس الايجاب •
النتائج التى تترتب على مجلس العقد مع بيان الضابط الفقهي في كل
مسألة •

المطلب الثانى : العاقدان •

الفرع الأول : الأهلية ، معناها وأنواعها وضابط كل نوع •
عقود وتصرفات الصبى المميز والمعتوه والسفيه وذو الغفلة •
أهلية المرأة فى الشريعة الاسلامية وما ثار من خلاف فقهي حول :
١ - صلاحية عبارة المرأة لانشاء عقد النكاح وصحة مباشرتها له •
٢ - كمال ولايتها المالية •

المريض مرض الموت والضابط الفقهي فى مرض الموت وعقود
وتصرفات المريض مرض الموت وتعلق حق الدائن وحق الوارث بمال
المريض وآثار تعلق حقوق الدائنين والورثة فى تصرفات المريض •
أقسام أقوال المريض مرض موت التى تمس حقوق الدائنين والورثة •
الفرع الثانى : الولاية ، معناها وأقسامها وشروط الولى •

الوكالة فى التعاقد ، معناها وشروطها فيما يتعلق بالموكل والوكيل
ومحل الوكالة • أنواع الوكالة •
الفرع الثالث : تولى عاقد واحد العقد عن الجانبين (تعاقد الشخص
مع نفسه) • أقوال الفقهاء فى ذلك •

المطلب الثالث : المعقود عليه (محل العقد) •

المقصود به وشروطه وما يترتب على كل شرط من مسائل ، وبيان
الضابط فى كل مسألة •

المبحث الثانى : الارادة العقدية •

ان للارادة الأثر الأول فى انشاء العقد ، وتنقسم فى اصطلاح
الفقهاء الى قسمين : الارادة الباطنة ، والارادة الظاهرة •

المطلب الأول : عناصر الارادة الباطنة من الاختيار والرضا وضابط كل •

المطلب الثانى : موقف الفقهاء من الارادة الباطنة والظاهرة (القصد والتعبير) •

المطلب الثالث : توافق الارادة الظاهرة والباطنة واختلافهما (تطابق الارادة الباطنة مع التعبير وعدمه)

الفرع الأول : حالات انتفاء الارادة الباطنة •
أولا : صورية العقود (التظاهر بإنشاء عقد) أحوالها وضابط كل حالة •

ثانيا : عبارة المجنون والمغنى عليه والصبي غير المميز وما فى حكمها من عبارة الملقن والمعلم •

الفرع الثانى : حالة ما اذا كانت الارادة الحقيقية الى التعاقد مشكوك فى صحتها (عيوب الارادة أو عيوب الرضا) •

أولا : الاكراه ، معناه وأنواعه وضابط كل نوع • أثر الاكراه فى التصرفات القولية •

- ثانيا : الغلط ، معناه وأنواعه وضابط كل نوع •
- ثالثا : التدليس ، معناه وأنواعه والضابط فيه •
- رابعا : الغبن ، معناه وضابطه وأنواعه ومقداره •

الفصل الثانى : أقسام العقود

المبحث الأول : شروط العقد ، معنى الشرط وأنواعه •

أولا - شروط انعقاد العقد :

- ١ - فيما يتعلق بأهلية العاقلين •
- ٢ - توافق الايجاب والقبول •
- ٣ - أن يكون محل العقد قابلا لحكمه شرعا (شرعية المحل) •
- ٤ - اتصال الايجاب بالقبول •

ثانيا - شروط صحة العقد .

ثالثا - شروط نفاذ العقد .

رابعا - شروط لزوم العقد .

المبحث الثاني : أقسام العقود .

تنقسم العقود الى أقسام عديدة بحسب الجهة التي ينظر اليها .

أولا : تنقسم العقود من ناحية الصيغة الى ثلاثة أقسام : منجز ومضاف ومعلق .

ثانيا : تنقسم العقود بحسب طبيعتها ونوعها الى معاوضات وتبرعات واستقاطات وإطلاقات وتغييرات وشركات وتأمينات أو ضمانات واستحفاظات .

ثالثا : أقسام العقود باعتبار وصفها بالصحة والبطلان ، والصحيحة تنقسم الى صحيح نافذ سواء أكان لازما أو غير لازم ، وصحيح موقوف . وأما العقد غير الصحيح فالأحناف يقسمونه الى باطل وفاسد مع بيان ضابط كل نوع .

وبعد . . .

فلقد حاولت في هذا البحث أن أتبع طريقة الضوابط ما سمحت بذلك طبيعة المسألة اعتقادا منا بأن هذا يساهم في تقديم الموضوعات الفقهية على نحو دقيق وميسر ويساعد على تطبيقه وتقنيته وبخاصة والأمة الاسلامية تشهد صحوة شرعية عملية .

نسأل الله سبحانه وتعالى أن يهيء لنا من أمرنا رشدا وأن يأخذ بنواصينا الى الحق ، ويتم نعمته علينا . . انك أنت يا مولانا على كل شيء قدير .

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم باحسان الى يوم الدين .

د . عبد الحميد محمود البعلی

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

الحمد لله نستعينه ونستغفره ونستهديه ، والصلاة والسلام
على خاتم الأنبياء والمرسلين ، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن عمل
بهديه وشريعته الى يوم الدين . . .
وبعد . . .

فان الأحكام الشرعية كثيرة ومتنوعة منبثة في الكتب الفقهية ، وقد
تكون موجودة في غير مظانها ومذكورة في غير أبوابها ، بل ان الكتب
الفقهية تتفاوت في استيعابها للموضوعات والأحكام ، وتتفاوت في لغتها
وأسلوبها وترتيبها وتشعب الآراء المذهبية فيها ، وكل ذلك يجعل البحث
عن الأحكام الفقهية في الموضوعات العصرية واستخراجها من مظانها وغير
مظانها في الكتب الفقهية يحتاج الى مقدرة ومرونة خاصة ، والى تكوين
فقهى متين ، لم يتهياً لأكثر أهل العصر ، نظرا لظروفهم الاقتصادية
والاجتماعية والسياسية والدولية .

ومن هنا فان الحاجة ماسة الى تيسير مراجعة النصوص الفقهية ،
باخراج كتب في المعاملات الشرعية سهلة المأخذ والمطالعة لمن يريد ،
وفي نفس الوقت تكون حاوية للآراء والأقوال المعتمدة ، لتيسير التطبيق
العملي والممارسة الفعلية ، دون تعصب لمذهب معين ، أو لامام من الأئمة ،
خاصة وأن الأئمة قد روى عن أكثرهم النهى عن تقليدهم من غير اقتناع
بأدلتهم ، فأبو حنيفة يقول : « علمنا هذا رأى ، فمن جاءنا بأحسن منه
قبلنا » ، ويقول أبو يوسف : « لا يحل لأحد أن يقول قولنا من غير
أن يعلم من أين قلناه » . ويقول الشافعى : « مثل الذى يطلب العلم
بلا حجة كمثل حاطب ليل يحمل حزمة حطب وفيها أفعى تلدغه وهو

لا يدري » ، ولا يغيب عن البال ما تحمله هذه الأقوال من دلالة على أن كلام هؤلاء الأئمة موجه أساسا الى من هو أهل للنظر .

ومن أسبق المحاولات على هذا الدرب - فيما نعلم - كانت مجلة الأحكام العدلية ، التي عمل بها وطبقت أحكامها في شعبان سنة ١٢٩٣ هـ في محاكم الدولة العثمانية ، ولكنها كانت مصنوعة من فقه المذهب الحنفي فقط ، وهذا هو أهم ما يؤخذ عليها ، ذلك أن المذهب الواحد مهما اتسع بأصوله وفروعه وتشعبت نظراته وتخريجاته ، لا يمكن أن يكفى الأمة في حاجاتها المستمرة والمتجددة ، فمرونة الفقه الاسلامي وعمومية التشريع الاسلامي وخلوده انما تتجلى في مجموع مذاهبه الاجتهادية لا في مذهب واحد .

• ثم ظهرت محاولات جادة بعد ذلك باسم الموسوعات الفقهية في مصر وسوريا والكويت ، ولكنها هي الأخرى لم تحقق الهدف ، ولم تنهض بالمسئولية كاملة بعد .

كما شكلت لجان هنا وهناك لتجلية مبادئ الشريعة الاسلامية ولكنها سرعان ما توقفت .

وما أحوجنا اليوم الى تشريع عام في المعاملات المدنية ، يلم شملها ، ويجمع شتاتها في الفقه الاسلامي على الأقوال المختارة في المذاهب الاسلامية المختلفة .

وانها بحق مهمة عظيمة ومسئولية جسيمة ، تنادي أهل التخصص فرض عين ، وتنادي المؤسسات العلمية والهيئات والجهات المعنية .

وكتاب «ضوابط العقود في الفقه الاسلامي» محاولة جادة لجمع شتات العقود ، فمن استوعب كلياتها وضوابطها مستقلة عن الجزئيات والفروع ، سهل عليه رد الفروع الى الأصول ، والجزئيات الى الكليات ، واستنباط أحكام الثانية من الأولى دون ما اضطراب ، كما أن هذا الكتاب بسهولة أسلوبه ودقة تقسيمه وضبط مسأله ليساعد على نشر الثقافة الفقهية الاسلامية في مجال المعاملات المدنية .

وبغية تحقيق كل ذلك حاولت استخدام طريقة « الضوابط »
لا التفصيل الفقهي وفق مذاهب العلماء ، ولا القواعد الفقهية ، لما فيها
من الشمول لأكثر من موضوع قد لا يكون بينها اتصال مباشر .

أما الضابط فينطبق على جزئيات يجمعها باب واحد أو موضوع
واحد ومن ثم يحتاج بيان الضابط في جزئيات الموضوع الواحد الى دقة
فقهية في صوغ المسألة دون اسهاب أو تفصيل فذلك مكافئ فقه المذاهب
وكتبهم المتبحرة فيه .

وقد فرق ابن نجيم بين الضابط والقاعدة فقال^(١) :

« ان القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى ، والضابط يجمعها من
باب واحد .. هذا هو الأصل » .

وعرف صاحب المعجم الوسيط الضابط فقال^(٢) :

« الضابط عند العلماء حكم كلي ينطبق على جزئياته ، جمعه
ضوابط ، والقاعدة من البناء أساسه » .

هذا ، وما أحوج العاملين في المؤسسات المالية الاسلامية خاصة
الى هذا الكتاب للوقوف على المبادئ الأساسية التي توضح وجهة نظر
الفقهاء المسلمين للعقود وموقفهم منها ، وما أحوجهم أيضا اليه لمعرفة
أركان العقد وشروطه وما يعيب العقد أو يعيب ارادة المتعاقدين ونحو
ذلك مما هو مبسوط في فصول الكتاب .

نسأل الله العليّ القدير أن ينفع به ان شاء الله ... آمين

د. عبد الحميد محمود البعلی

* * *

(١) الاشباه والنظائر ص ١٦٦

(٢) ج ١ ص ٥٣٣ و ج ٢ ص ٧٤٨

فصل تمهيدى عن العقد

قبل أن نشرع فى شرح مقومات العقد وتقسيم العقود ، يتعين أن نقدم لكل ذلك بمعلومات عامة وهامة عن العقد فى الفقه الاسلامى
تعين على فهم ما سيأتى من فصول فى العقد فى اطارها السليم والدقيق .

فنعطى لمحة تاريخية عن كيفية نشوء فكرة العقد ، وعن أهمية العقود فى معاملات الناس فى الفقه الاسلامى ، ونعقب على ذلك بالمبادئ الأساسية التى توضح نظرة الفقه الاسلامى الى العقود وبما يثبت أنه فقه متميز ومستقل بذاته ، وبعد ذلك لا بد من تعريف العقد ، والتميز بينه وبين ما قد يتماثل معه من مصطلحات العهد ، والتصرف والالتزام والوعد ... وذلك على النحو التالى :

المطلب الاول

تمهيد عن العقد

أولا : التطور التاريخى للعقود

من المقرر لدى علماء الاجتماع أن الانسان اجتماعى بطبعه يميل الى العيش فى جماعة ، وتلبية حاجاته تقتضى التعامل مع الآخرين لسد تلك الحاجات ، ومن ثم ظهر التبادل الفورى فى المعاملات . وفى مرحلة أكثر تقدما تشعبت حاجات الانسان وتطورت ، فظهر تبادل الأعيان ، ثم ظهرت فكرة النقود كوسيلة للتبادل .

ولكن لا يعرف على وجه التحديد كيف نشأت فكرة العقد ، وان كان بعض الباحثين يرجعه الى أنه متولد عن فكرة الدية التى حلت محل الأخذ بالثأر ، وكانت ذات طابع مدنى وعقابى - أى تجمع بين صفتى العقوبة والتعويض فى آن واحد .

ويرجعه البعض^(١) الى اتفاق الخصمين على التحكيم بينهما ، وأن الأديان كان لها أعظم الأثر في ظهور فكرة التعاون واحترام المهود والوفاء بها وان كانت الأديان السابقة على الاسلام لم تهتم بالمعاملات مثلما اهتم بها التشريع الاسلامي وفقهاؤه ، فمن المسلم به أن الاسلام عقيدة وشريعة تنظم أمر الدين والدنيا في توازن دقيق ، وعلى نسق رائع لم تسبقه في ذلك الشرائع السماوية السابقة عليه ولا النظم الوضعية ، وهذا أمر طبيعي باعتبار أن الاسلام هو الدين الخالد والشريعة الخاتمة .

ولقد اشتمل القانون الروماني على أنواع من العقود تخضع لصور مختلفة من الشكلية ، فكان الرومان يشترطون أشكالا معينة لبعض العقود كالبيع والنكاح ، ولا تعتبر تلك العقود صحيحة و نافذة دون تحقق الشكلية التي يتطلبها القانون ، فمثلا : كان للرومان يشترطون وجود المبيع في مجلس العقد ، ففي بيع الأراضى اشترطوا احضار جزء من ترابها ، رمزا الى حضورها في مجلس العقد .

ولم يصل القانون الروماني - على عراقتة - الى قاعدة الرضائية في العقد ، الا في آخر مراحل تطوره وتحت ضغط التطور ، وعلى أثر اتساع الحياة الاقتصادية .

وكان العرب أيضا في الجاهلية يعرفون أنواعا من البيوع يغلب عليها طابع الشكلية كبيع الملامسة، والمنازمة، والقاء الحجر، ثم جاء الاسلام ونهى عن تلك البيوع ، وغيرها من عقود الغرر ، لما تؤدي اليه من جهالة وما تفضي اليه من نزاع .

والتشريع الاسلامي لم يأت في أصله بشيء من الشكليات التي لا دخل لها في تحقيق العقد بين طرفين ، الا ما اعتبر فيه مصلحة

(١) د. السنهوري - نظرية العقد - فقرة ٩٨ ، الشريعة الاسلامية ،
بدران أبو العينين بدران ص ٣٦٢

ثابتة دائمة ، ومساس بالغاية المقصودة من العقد كلزوم الاشهاد في عقد
النكاح ، وطريقة التلاعن بين الزوجين ، عندما يتهم الرجل زوجته بالزنا ،
والارشاد العام الى توثيق العقود بالكتابة أو الشهادة واشتراط القبض
في عقد الرهن والتبرع .

وقد اشتمل القرآن الكريم على الآيات التي تثبت مشروعية
العقد في التشريع الاسلامي فيقول الله تعالى :

﴿ يا ايها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ (١) .

ويقول سبحانه وتعالى : ﴿ وأوفوا بالعهد ، ان العهد كان مسئولا ﴾ (٢)
بل ان الله قد أضاف العهد الى نفسه دلالة على أهمية الوفاء به ، فقال
تعالى : ﴿ وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها
وقد جعلتم الله عليكم كفيلا ﴾ (٣) . وقوله تعالى : ﴿ وشروه بثمن بخس
دراهم معدودة ﴾ (٤) .

ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا أمان لمن لا أمانة له ،
ولا دين لمن لا عهد له » .

ثانيا : أهمية العقود في معاملات الناس

تستعمل كلمة الفقه في اللغة بمعنىين :

الأول : مطلق الفهم والفطنة .

الثاني : فهم غرض المتكلم من كلامه (٥) .

وقد وردت كلمة الفقه في القرآن الكريم بمعنى الفهم الدقيق

في قوله تعالى : ﴿ واحلل عقدة من لساني . يفقهوا قولي ﴾ (٦) .

(٢) الاسراء : ٣٤

(١) المائدة : ١

(٤) يوسف : ٢٠

(٣) النحل : ٩١

(٥) انظر التعريفات للسيد الجرجاني ص ١١٢

(٦) طه : ٢٧ ، ٢٨

وقوله تعالى : ﴿لَهُمْ قُلُوبٌ لَا يَفْقَهُونَ بِهَا﴾ (١) .

وقوله تعالى : ﴿ قَالُوا يَا شُعَيْبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا مِمَّا تَقُول ﴾ (٢) .

وعرفه ابن القيم بقوله : « الفقه أخص من الفهم لأن الفقه فهم مراد المتكلم من كلامه وهو قدر زائد على مجرد فهم اللفظ في اللغة ، ويتفاوت الناس في الفهم بتفاوت مراتبهم في الفقه والعلم » .

وقد صار الفقه يطلق على العلم بالأحكام الشرعية العملية المستنبط من أدلتها التفصيلية .

والفقه الاسلامي نظام روحي وبدني لأن الشرع الاسلامي جاء منظما لأمر الدين والدنيا فهو ينظم علاقة الانسان بربه ، وعلاقته بغيره من الأفراد ، وعلاقته بالمجتمع الذي يعيش فيه .

وعلى ذلك ينقسم الفقه الاسلامي الى : عبادات ، ومعاملات ... الخ .

وأحكام المعاملات هي المتعلقة بأعمال الانسان وتصرفاته التي بقصد بها تحقيق المصالح الدنيوية .

والمعاملات - جمع معاملة - وهي تبادل الأموال والمنافع بين الناس بواسطة العقود والتصرفات ، ومن ثم تعتبر العقود من أهم وسائل المعاملات بين الناس كالبيع والاجارة والشركة والكفالة والرهن ، والهبة والوصية ، والغارية والقرض ، والوديعة والحوالة والصلح والمزارعة والمساقاة والوكالة ... الخ .

ولقد أصبحت العقود في المعاملات المعاصرة تحتل أهمية بارزة وقيمة كبيرة ، اذ تعددت أطرافها وتشابكت مع بعضها في المعاملة

الواحدة وبصفة خاصة في عقود المبادلات المالية والتجارة الداخلية والخارجية على وجه الخصوص ، وظهرت منها عقود جديدة كثيرة لا تدخل تحت مسمى العقود المعروفة أو المألوفة في كتب الباحثين .

ونضرب الأمثال على العقود المتعددة الأطراف أصحاب المصالح المختلفة ، والعقود المتشابهة أي أن المعاملة الواحدة تقتضي الدخول في أكثر من تعاقد ، والعقود الجديدة في المعاملات المعاصرة :

(أ) تعدد أطراف العقود مع اختلاف طبيعة العلاقات العقدية :

لا قصد بتعدد أطراف العقد تعدد أهل الإيجاب أو أهل القبول ، فذلك أمر قد يحصل ولكنه ليس هو مقصودنا ، بل اتنا نقصد التعدد المتمثل في اختلاف طبيعة العلاقات بين أطراف العقد والتي لا تتم أحدها بدون الأخرى ، فمثلا عقد شراء بضاعة مع فتح اعتماد مستندي إذ لا تتم الصفقة بين التاجر المستورد أو الشخص المستورد والشخص المصدر وقد يكون كلاهما شخصا معنويا بدون أن يقوم البنك بدور إيجابي محدد في هذه العملية سواء أكان ذلك الدور يؤديه البنك مباشرة أو عن طريق مراسلة في بلد المصدر ، والتأكد من خلال هذا الدور من سلامة تطبيق شروط العقد المبرم بين طرفاء الأصليين وحتى يستطيع المصدر أن يحصل على الثمن المتفق عليه مع المستورد .

ومن الواضح في مثل هذه المعاملة أن طبيعة العلاقة العقدية بين المستورد والمصدر تختلف عن طبيعة العلاقة بين المستورد والبنك وكذلك العلاقة بين البنك والمصدر ومن ثم اختلاف المصلحة التي تحققها كل علاقة ، وإن كان يجمعها معاملة واحدة لا تتم بدون أي من هذه العلائق العقدية المختلفة والمتتامة مع بعضها البعض .

(ب) العقود المتشابهة أو المرتبطة :

ونقصد بذلك ما تتطلبه عقود التجارة الخارجية بل ما قد

تستلزمه من عقود تأمين وعقود نقل وشحن بل ان التأمين على البضائع قد يكون الزاميا .

(ج) العقود الجديدة او المستحدثة :

لا شك أن المعاملات المعاصرة تمخضت عن كثير من أنواع العقود التي ليس لها مسمى معروف في السابق ، ومن هذه العقود على سبيل المثال :

- عقود المشاركة المنتهية بالتملك :

ومضمون هذا النوع من العقود هو اشتراك طرفا العقد في مشروع ما لا يقصد الاستمرار وانما على أساس خروج أحدهما من المشاركة وحلول الطرف الآخر محله في ملكيته التي يبيعها اليه متجمعة بقسطها من الثمن والربح حسب سعر السوق وقت البيع ، وهكذا حتى تؤول ملكية المشروع بأكمله الى المشتري .

- عقود المراجعة للأمر بالشراء :

ومضمونها أن طالب الشراء يطلب من البائع سلعة ليست عنده وقت طلبها على أن يشتريها له وبعد أن يملكها يبيعها لطالب الشراء بما قامت عليه من الثمن والربح المتفق عليه .

- عقود التاجير التمويلي :

ومضمون هذا النوع من العقود أن التعامل فيها يجرى على المنافع فالمستأجر للشيء المستأجر يقوم بإعادة تأجيره لمستأجر آخر وفقا لما يتم الاتفاق عليه في هذا العقد من شروط .
وهكذا يظهر جليا أهمية العقود في المعاملات المعاصرة والدور الهام بل الخطير الذي تؤديه في تحقيق مصالح الناس المتغيرة والمتطورة مما يفرض على الباحث مواكبة حركة الواقع تبيانا وتأصيلا وضبطا وتوجيها .

الموقف : موقف التشريع الاسلامى من العقود

بأمان النظر وانعامه فى التشريع الاسلامى وتفهمه نجد أن فيه من الأصول والقواعد الكلية التى تحكم نظرة الفقه الاسلامى الى العقود ، وتشكل الاطار العام للنظر فى العقود على وجه العموم ، وتعين فى الوقت ذاته على ابراز سمات وخصائص العقود فى الفقه الاسلامى بما يميز ذلك الفقه ، ويثبت ذاتيته واستقلاله ، ويؤكد صلاحيته لكل زمان ومكان ويعطيه أولويته فى التطبيق العملى فى معاملات الناس ، ومن هذه الأصول والمبادئ الأساسية ما يأتى :

اولا - الرضا وطيب النفس :

العقود فى الشريعة الاسلامية الأصل فيها الرضائية وأساسها الرضا^(١) ، فتتقيد بالتراضى الحر ، بالاتفاق بين طرفى العقد دون اشتراط شئ من المراسم الشكلية^(٢) الا على سبيل الاستثناء مع اختلاف

(١) انظر الطرق الحكمية ج ١ ص ٢٨٢ طبعة ١٩٦١ ، الموافقات ج ٢ ، البدائع ج ٥ ، اعلام الموقعين ج ٣ ، المدونة الكبرى للإمام مالك ج ١١ ، تبين الحقائق للزيلعى ج ٥

(٢) يراجع ما تقدم تحت عنوان لمحة تاريخية ، وان كانت هناك حالات البيع الجبرى الذى يقوم باجرائه القاضى عن المدين للوفاء بديونه . وبيع الحاكم للأموال المحتكرة على محتكرها عندما يضر الناس احتكارها ، وحالة نزاع الملكية الجبرى للمصالح العامة . وثبوت حق الشفعة شرعا للشريك والخليط والجار الملاصق الا أن ذلك لا يقدح فى الرضائية كأصل عام مقرر فى العقود بصفة عامة فى الفقه الاسلامى . هذا ويجب عدم الخلط بين الشكلية المطلوبة لاثبات العقد وكوسيلة لإثبات التصرفات بوجه عام ، وتعتمد على الشهادة بوجه عام فى الفقه الاسلامى فى مجال الاثبات وبين الشكلية المفروضة لتكوين العقد وانعقاده ، سواء أكانت الأخيرة لفظية - أى استعمال الفاظ معينة - أو غير لفظية وهى الأفعال التى لا بد من انضمامها الى التراضى كالاشهاد عند النكاح وفى عقد التحكيم - وعلى رأى البعض - فى الهبة والقرض والعارية والايداع والرهن والمضاربة والوصية والوقف والبيع . انظر فى تفصيل ذلك د. محمد وجيد الدين سوار - الشكل فى الفقه الاسلامى ص ٣٦ وما بعدها - مطبعة معهد الادارة بالرياض ط ١٩٨٥ م .

الفقهاء في نطاق التصرفات التي تخضع للشكلية ، فعلى حين تتسع دائرتها عند ابن حزم لتشمل النكاح ، ويحرص الفقه الاسلامي على تحقيق الرضا الكامل بالعقد ، دون الرضا الكافي لانعقاد العقد . من أجل ذلك شرعت الخيارات وهي عديدة منها :

خيار التعيين ، وخيار الشرط ، وخيار الرؤية ، وخيار العيب ، وخيار المجلس ، والغرض من هذه الخيارات عموما تحقيق الرضا عن بينة واختيار .

والأصل الشرعي لـ «الرضائية»: ورد في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ (١) .

وفي السنة النبوية لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه » (٢) .

- الرضا في اللفظة .

الرضا مصدر محض معناه طيب النفس وارتياحها أو الاختيار وفي ذلك يقول ابن الأثير : الرضا « صفة نفسية قائمة بالقلب » (٣) ومن ثم فهو اسم لمطلق الماهية .

أما التراضي فيتحقق معناه بتوافر أكثر من رضا . يقول القرطبي (٤) في تفسير قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ :

(١) النساء : ٢٩

(٢) انظر سبل السلام ج ٣ ص ٥٩ ، ٦١ ، قاعدة العقود لابن تيمية ص ١٥٣

(٣) لسان العرب ج ١١ ص ١٦٦٣

(٤) الجامع لأحكام القرآن ج ٥ ص ١٥٣ ط دار الكتب المصرية ١٣٨٧ هـ ، جامع البيان للطبري ج ٨ ص ٢٢٢ ط دار المعارف بالقاهرة بتحقيق محمود شاكر ، تفسير القرآن لابن كثير ج ١ ص ٤٧٩

« الا أن تكون تجارة عن تراض جاءت من التفاعل اذ التجارة بين اثنين أى عن رضا كل منهما . فالتراضى حقيقة في المشاركة لأنه مصدر باب التفاعل الذى هو للمشاركة الحقيقية بين طرفين متساويين في الفعل » .

ـ الرضا في اصطلاح الفقهاء :

لما كان الرضا أمر نفسى داخلى ومن ثم يشتبك بغيره من المصطلحات النفسية الجوائية^(١) كالارادة والاختيار والنية والقصد ، لهذا يلزم بيان الضابط في كل ذلك .

بامعان النظر في أقوال الفقهاء في هذا الصدد يبين أن هذه المصطلحات بينها عموم وخصوص ، وتقصد بالعموم : القدر المشترك بينها في المعنى ، والخصوص : افراد كل مصطلح بمعنى خاص به من وجه معين .

ونستطيع أن نقول ان القدر المشترك في المعنى بين هذه المصطلحات هو : « مجرد اتجاه الارادة الى الشيء » .

ويتضح لنا هذا المعنى من بيان المعنى الخاص لكل مصطلح ثم ايضاح وجه الشبه أو منطقة الاشتراك بينه وبين غيره من المصطلحات .

١ - المقصود بالرضا :

وفي هذا الخصوص يثور خلاف بين الحنفية وجمهور الفقهاء ، فالحنفية يعرفون الرضا بأنه « ايثار الشيء واستحسانه »^(٢) ، وبأنه

(١) جوانى الشيء : باطنه ، وضده البرانى ، وفي حديث سلمان : « ان لكل امرئ جوانيا وبرانيا فمن اصلح جوانيه اصلح الله برانيه » وروى في من اصلح جوانيته اصلح الله برانيته .

(٢) التلويح على التوضيح للتفتازانى ج ٢ ص ١٩٥ مطبعة محمد على صبيح بمصر ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٠٧ ، حاشية الرهاوى على شرح المنار ص ٢٩٨

« امتلاء الاختيار - أى بلوغه نهايته - بحيث يفضى أثره الى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها » (١) .

أما المستفاد من أقوال الجمهور في تعريف الرضا أنه القصد الى تحقيق أثر في المعقود عليه أى ارادة التعبير و ارادة الأثر والرغبة في الحكم (٢) .

٢ - معنى الارادة :

يعرفها الفقهاء بأنها « القصد الى الشيء والاتجاه اليه » (٣) .

وقال الراغب الأصفهاني في مفرداته : « الارادة في الأصل قوة مركبة من شهوة وحاجة وأمل وجعل اسما لنزوع النفس الى الشيء مع الحكم فيه بأنه ينبغي أن يفعل أو لا يفعل ثم يستعمل مرة في المبدأ وهو نزوع النفس الى الشيء ، وتارة في المنتهى وهو الحكم فيه بأنه ينبغي أن يفعل أو أن لا يفعل ، فاذا استعمل في الله فانه يراد به المنتهى وهو الحكم أو ما شابه ذلك » (٤) .

والارادة كظاهرة نفسية يذكر علماء النفس أنها تمر بمراحل داخل النفس وهذه المراحل في العمل القانوني هي (٥) :

(١) كشف الاسرار على اصول البزدوى لعبد العزيز البخارى ج ٤ ص ٣٨٢ ط ١٣٠٧ هـ

(٢) انظر مواهب الجليل للحطاب ج ٢ ص ١٩٥ ، نهاية المحتاج ج ٦ ص ٣٣٤ ، كشف القناع للشيخ منصور البهوتي ج ٢ ص ٥ ، الانصاف في معرفة اسباب الاختلاف للمرداوى ج ٤ ص ٢٦٥ ، المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٢٥٨

(٣) انظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٢ ص ٣٢٢ ط المكتبة الاسلامية بديار بكر تركيا ، المقنع ج ٣ ص ١٤٣ ط المطبعة السلفية .

(٤) المفردات في غريب القرآن ص ٢٠٦ وما بعدها .

(٥) انظر : د. أنور سلطان - النظرية العامة للالتزام ص ٩٨

(أ) التصور ، اذ يستحضر الشخص العمل القانونى الذى يريد ابرامه .

(ب) التدبر ، حيث يوازن الشخص بين كافة الاحتمالات والنتائج .
(ج) التصميم ، اذ يبت الشخص فى الأمر وهذا هو جوهر الارادة المعبر عنه بالقصد على نحو ما سلف .

(د) التنفيذ ، وهنا ينتقل الشخص الى حالة احداث أثر قانونى معين فى الخارج .

٣ - الاختيار :

الإختيار فى اللغة : الاصطفاء والاىثار والاتقاء والتفضيل^(١) .
وذكر الراغب والتهانوى أن الاختيار فى اللغة ترجيح شىء وتقديمه واصطفاءه وطلب ما هو خير وفعله^(٢) .

أما الاختيار عند الأصوليين والفقهاء فهو محل خلاف بين الحنفية والجمهور ، فعرفه الحنفية بأنه القصد الى الشىء وارادته وهو اما صحيح يستقل الفاعل به دون تأثير من أحد ، واما فاسد اذا كان تحت تأثير تهديد واکراه ، والفاسد ينقسم الى قسمين :

(أ) اکراه لا ينعدم به الاختيار لبقاء القصد معه اذا اختار المكره الأھون عليه حتى ولو كان التهديد بتفويت نفس أو عضو غلب على ظن المستكره وقوعه من المكره وفى هذه الحالة يصبح الاختيار فاسدا .
(ب) اکراه لا ینافى الاختيار مطلقا لبقاء القصد مطلقا اذا كان

(١) لسان العرب ج ٥ ص ١٢٩٨ ، القاموس المحيط ج ٢ ص ٢٦ ،
المصباح المنير ج ١ ص ١٩٩
(٢) المفردات فى غريب القرآن ص ١٦٠ ، ١٦١ ، كشف مصطلحات
الفنون ج ٢ ص ١٩٥ ط الهيئة المصرية العامة للكتاب سنة ١٩٧٢

بشيء يتجمله المستكره مع مشقة مثل ضرب خفيف أو حبس ونحو ذلك ، وفي هذه الحالة لم يفسد الاختيار^(١) .

أما جمهور الفقهاء فقد عرفوا الاختيار بأنه القصد الى الفعل بمحض الارادة فهو ينافى الاكراه^(٢) وعلى هذا الأساس فإن دائرة الاختيار عند الجمهور أوسع منها عند الحنفية اذ يخرجون منه الاختيار الفاسد باكراه ملجئ .

٤ - النية :

النية في اللغة : القصد وعزم القلب على عمل^(٣) .

أما في اصطلاح الأصوليين والفقهاء فقد اختلف فيها على أقوال كثيرة ، فذهب رأى الى أنها القصد^(٤) .

وقيل : النية قصد الطاعة والتقرب الى الله في ايجاد الفعل^(٥) .

وقد أورد الامام الغزالي يافا شافيا في أمر النية قال فيه^(٦) :

(١) تيسير التحرير ج ٢ ص ٢٩٠ لأمير بادشاه ط مصطفى الحلبي بمصر سنة ١٣٥٠ هـ ، حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٤ ص ٥٠٧ ط ٣ مصطفى الحلبي سنة ١٣٨٦ هـ .

(٢) مواهب الجليل للخطاب ج ٤ ص ٢٤٥ مطبعة السعادة ١٣٢٩ هـ ، كشف القناع ج ٢ ص ٥ ط مكتبة نصر الحديث بالرياض ، الانصاف ج ٤ ص ٢٦٥ تحقيق محمد حامد الفقى ط السنة المحمدية ١٣٧٥ هـ .

(٣) لسان العرب ج ٥١ ص ٥٨٨ ، القاموس المحيط ج ٤ ص ٤٠٠ .

(٤) الغزالي في الوسيط ج ٢ ص ٥٩٦ ط دار الاعتصام ، العز بن عبد السلام في قواعد الأحكام في مصالح الأنام ج ١ ص ١٨٥ ط دار الكتب العلمية بيروت ، النووى في المجموع ج ١ ص ٣٠٩ ط شركة العلماء .

(٥) البيضاوى - فتح البارى ج ١ ص ١٣ ط السلفية - الاشباه والنظائر للسيوطى ج ٣٣ ط عيسى البابى الحلبي بالقاهرة ، حاشية ابن عابدين ج ١ ص ١٣٧٥ .

(٦) احياء علوم الدين ج ٢ ص ٢٥٣ - ٣٥٥ ط عيسى الحلبي .

« والنية اذا أطلقت في الغالب أريد بها : انبعاث القصد موجها الى ذلك الغرض ، فالغرض علة ولكن شرط النية الاحاطة بصفات المقصود .. اعلم أن النية والارادة والقصد عبارات متواردة على معنى واحد وهو حالة وصفة للقلب يكتنفها أمران : علم وعمل ، وذلك لأن كل عمل اختيار لا يتم الا بثلاثة أمور : علم وارادة وقدرة ، فلا تتحقق الارادة الا بعد العلم لأن الانسان لا يريد ما لا يعلمه فلا بد وأن يعلم ، ولا يعلم ما لم يرد فلا بد من ارادة .. فاذا انبعثت الارادة انتهت القدرة لتحريك الأعضاء ، فالقدرة خادمة للارادة والارادة تابعة لحكم الاعتقاد والمعرفة ، فالنية عبارة عن الصفة المتوسطة وهي الارادة وانبعاث النفس بحكم الرغبة والميل الى ما هو موافق للغرض اما في الحال واما في المآل ، فالمحرك الأول هو الغرض المطلوب وهو الباعث والغرض الباعث هو المقصد المنوي والانبعاث هو القصد والنية » .

كما ذكر الامام ابن السبكي ترتيبا للكيفيات النفسية فقال^(١) :
« الذي يقع في النفس من قصد المعصية على خمس مراتب هي :

- ١ - الهاجس ، وهو ما يلتقي في النفس .
- ٢ - والخاطر ، وهو جريانه فيها .
- ٣ - وحديث النفس ، وهو ما يقع فيها من التردد هل يفعل أو لا .
- ٤ - والههم ، وهو ما يرجح قصد الفعل .
- ٥ - والعزم ، وهو قوة ذلك القصد والجزم . فان العزم في اللغة الجِد وعقد القلب .

... والهاجس لا يؤخذ به اجماعا لأنه ليس من فعله وانما هو شيء ورد عليه لا قدرة له عليه ولا صنع ، والخاطر الذي بعده ان كان

(١) المسائل الحلبية لابن السبكي مخطوطة بمكتبة البلدية بالاسكندرية رقم ٢١٤٩ ج ١ ورقة ١١ مشار اليها في مبدا الرضا في العقود ، د. علي محيي الدين القرة داغي ج ١ ص ٢٠٣ ط دار البشائر الاسلامية ببيروت - رسالة دكتوراة .

قادوا على دفعه بصرف الهاجس أول. وروده ولكنه هو وحديث النفس مرفوعان بقول النبي صلى الله عليه وسلم : « ان الله تجاوز لأمتي عما حدثت أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم » (١) .

وإذا ارتفع حديث النفس ارتفع ما قبله بطريق أولى، فهذه المراتب الثلاث لا يترتب عليها شيء من الثواب ولا من العقاب وذلك لعدم وجود القصد فيها ، وأما الهم فقد بين الحديث الصحيح بأنه : « من هم بحسنة فلم يعملها كتبت له حسنة ، ومن هم بحسنة فعلها كتبت له عشرًا الى سبعمائة ضعف ، ومن هم بسئية فلم يعملها لم تكتب » (٢) .

أما العزم ، فالمحققون مع أنه مؤاخذ به فهو القصد المؤكد على الفعل « (٣) » .

ويبدو لنا مما سبق في معنى الرضا والارادة والاختيار والنية عند جمهور الفقهاء ، أن هناك علاقة مشتركة بينها هو اتجاه الارادة ونزوعها الى الفعل والأثر المترتب عليه ، ولذلك نجد الشاطبي يقول : « فالعمل اذا تعلق به القصد تعلق به الأحكام التكليفية واذا عرى عن القصد لم يتعلق به شيء منها كفعل النائم والغافل والمجنون » (٤) .

والعز بن عبد السلام يقول : « مدار العقود على العزوم والقصود » .

أما الحنفية فقد فرقوا بين الرضا والاختيار ، فالرضا قصد الأثر المترتب على العقد ، أما الاختيار فقصد العبارة المنشئة للعقد ، ومن

(١) رواه مسلم في صحيحه - كتاب الايمان ج ١ ص ١١٦

(٢) رواه مسلم في صحيحه - كتاب الايمان ج ١ ص ١١٨

(٣) ابن السبكي - المرجع السابق .

(٤) الموافقات ج ٢ ص ٣٢٤ ط دار المعرفة - بيروت .

ثم فان كل عقد يكون الرضا شرط فيه يفسد بانتفائه كالبيع والشراء ، وما لم يكن شرطا فيه لم يفسد بل يصح وينفذ كالطلاق .

ورتب الحنفية على توجههم في التفرقة بين الرضا والاختيار أساسا لتصنيف العقود^(١) والتصرفات فجعلوا الاختيار أساسا لانعقادها ، وأما الرضا فليس بلام لازم لانعقادها جميعها ولا لصحة بعضها وهي التصرفات غير المالية كالنكاح والطلاق وان كان لازما لصحة بعضها كالبيع والاجارة ونحوهما من العقود المالية .

وعلى هذا الأساس صنف الحنفية العقود والتصرفات تصنيفا خاصا بهم الى :

١ - العقود والتصرفات التي لا تقبل الفسخ كالطلاق والنكاح والرجعة والايلاء والنفى والظهار والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر فهذه التصرفات لا تنفصل آثارها عن أسبابها ، وبعضها من قبيل الاسقاطات التي تتلاشى وتنتهي بمجرد صدورها فلا يتصور فسخها بعد وقوعها كالطلاق والظهار والعتاق والعفو عن القصاص والنكاح والرجعة والنفى ، والبعض الآخر من قبيل الالتزام المؤكد وهو متى صدر لا يمكن نقضه والرجوع فيه كاليمين والنذر والايلاء^(٢) .

٢ - العقود والتصرفات التي تقبل الفسخ كالمبادلات المالية من بيع واجارة وقسمة ومزارع ومساقاة ، فهذه العقود قد تتراخي آثارها عن أسبابها باشتراط أحد العاقلين أو كليهما خيار الشرط ، وكذلك فانها تقبل الفسخ برضا العاقلين وبظهور عيب سابق في العقود عليه بعد العقد .

(١) انظر : د. على محيي الدين على القره داغى - مبدا الرضا في

العقود ج ١ ص ٢١٥

(٢) فتح القدير ج ٣ ص ٤٠ ط المطبعة الاميرية بالقاهرة سنة ١٣١٦ هـ

فالاختيار في هذه العقود شرط لانعقادها ، والرضا شرط لصحتها
اذ ينعقد العقد فاسدا بفوت الرضا .

وهذا المسلك من الحنفية يدل على تعويلهم على العبارة دون
القصود^(١) فالقصد أمر باطن لا يتعلق بوجوده حقيقة^(٢) ولذلك قالوا
بصحّة عقود وتصرفات السكران بحرم ، ولذلك قالوا : ان السكر
لا ينافى التكليف ولا يبطل الأهلية^(٣) ، وأن سائر تصرفاته القولية
والفعلية مما لا يعتمد القصد تصح منه .

— الرضا والتراضى فى القانون :

يفرق القانونيون بين الرضا والتراضى ، فالأول هو الارادة المتجهة
نحو احداث أثر قانونى ، وهى قوام العقد ، أما التراضى فهو التوافق
بين ارادتين على انشاء أثر قانونى^(٤) .

والارادة المنفردة تصح مصدرا للالتزام فى الحالات التى ينص عليها
القانون وباعتبار أن الارادة عمل نفسى فلا يعتد بها القانون الا بعد
الافصاح عنها من خلال وسائل التعبير ، ومن ثم كان الرضا تعبيرا عن
ارادة الشخص نحو احداث أثر قانونى معين على أساس من القصد
والادراك حيث لا يعتد بكلام المجنون والسكران الذى لا يعى ، أى لا بد

(١) كشف الأسرار ج ٤ ص ٣٨١ لعبد العزيز البخارى — التوضيح
على التلويح ج ٢ ص ١٨٦ ط محمد على صبيح بالقاهرة .

(٢) انظر فى نقد هذا المسلك الحنفى : د. على محيى الدين على —
مرجع سابق ص ٢٢٠

(٣) تنقيح الأصول لصدر الشريعة ص ١٤٥ ط وادى الملوك ، كشف
الأسرار ج ٤ ص ٣٥٤

(٤) انظر الوجيز للسنهورى ص ٤٥ ، د. محمود جمال الدين تركى
الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى ص ٤٣٥ ط
مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٨ ، د. حسين النورى — نظرية العقد واحكام
الالتزام ص ٦٧ وما بعدها — ط دار الجيل ، د. عبد المنعم فرج الصده —
نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية ص ٥٢ وما بعدها ج ١ ط ١٩٥٨

من انصراف النية نحو ادراك نتائج التصرف وآثاره التي رتبها القانون دون اشتراط اتجاه القصد القانوني نحو جميع الآثار الأصلية والتبعية التي يربتها القانون على العقد كالتعويض في حالة عدم تنفيذ التعهد أو بالتفويض الجبري .

ولا شك أن مسألة النية والقصد تكتنفها صعوبات عملية في اثباتها . وعلى هذا النحو يبدو لنا توافق المسلك القانوني مع اتجاه جمهور الفقهاء في الفقه الاسلامي فيما يتعلق بعدم التفريق بين الرضا والاختيار وأن هناك عموم يجمعهما مع الارادة والنية مع اختلاف جوهري يتمثل في نطاق عمل المسلكين اذ الأول يعمل في نطاق مبدأ سلطان الارادة وقاعدة « العقد شريعة المتعاقدين » وأن ترتب آثار العقد والتصرف من صنع القانون ذاته ، على حين أن مسلك الفقهاء يعمل في نطاق أن حكم العقد من ترتيب الشرع وفي نطاق الحلال والحرام ومن ثم فإن ارادة المتعاقدين ليست مطلقة من القيود وليس لارادتهما أو لأحدهما سلطانا في كل شيء .

* * *

ثانيا - حسن النية :

استلزمت الشريعة الاسلامية حسن النية في انشاء العقود وتنفيذها ، بل ان حسن النية أساس من الأسس التي يعتمد عليها في تفسير العقود أيضا ، وعلى ذلك نبذت الشريعة كل غش أو تدليس ، أو تغرير ، وكل ما يعيب العقد من ناحية حسن النية ويصيب الرضا كذلك^(١) وفي ذلك يقول الرسول الكريم : « انما الأعمال بالنيات وانما لكل امرئ ما نوى » .

* * *

(١) وفي ذلك يقول الشاطبي في الموافقات : « ان الأعمال بالنيات والمقاصد معتبرة في التصرفات » ج ٢ ص ٣٢٣
ويقول ابن القيم في اعلام الموقعين : « ان القصد روح العقد مصححه ومبطله » ج ٣ ص ٨٢ ويقول : « فالنية روح العمل ولبه وقوامه » ج ٣ ص ٩٦ - ٩٨

ثالثا - حرية التعاقد :

هل الأصل في العقود المنع والحظر أم الإباحة في الفقه الاسلامي ؟
هذه المسألة انقسم فيها الرأي في الفقه الاسلامي الى مذهبين :

المذهب الأول :

وهو مذهب القلة من الفقهاء اذ لا يطلقون حرية التعاقد ، فأثار
العقود وأحكامها جميعها من عمل المشرع ، ومن ثم فالأصل فيها المنع
حتى يقوم الدليل على الإباحة ووجوب الوفاء ، وعلى ذلك لا تكون
هناك عقود سوى التي وردت بها الآثار - ودلت عليها المصادر
الشرعية والأدلة الفقهية وما لم يدل عليه دليل فهو ممنوع والوفاء به
غير لازم .

واستدل هذا الفريق من الفقهاء بما يلي :

١ - أن الشريعة الاسلامية لم تترك أمر الناس فرطا بلا قيود
تمنع المجادلة المفضية الى النزاع ، وكل عقد لم يعتمد على دليل
معتبر تعد لحدود الشريعة ، ومن ثم ما لا تقره لا توجب الوفاء به ،
استدلوا لذلك بقول الله تعالى : ﴿ **ولله ملك السموات والارض** ﴾ (١) .
فكل شيء ملك لله سبحانه فلا يحل لأحد التصرف فيه الا بإذنه (٢) .

٢ - استدلوا بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « من عمل
عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » . ومن ثم لا يصح من العقود الا ما
جاء به النص (٣) .

واستدلوا أيضا بما ورد : أن الرسول صلى الله عليه وسلم وقف
خطيبا وقال : « أما بعد .. فما بال أقوام يشترطون شروطا ليس في كتاب

(١) آل عمران : ٨٩

(٢) انظر ارشاد الفحول للشوكاني ص ٢٥١

(٣) يراجع الاحكام في اصول الاحكام ج ٥ ص ٣٢٠

الله ، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط -
كتاب الله أحق وشرط الله أوثق » •

وإذا كان الشرط الذي لم يرد به النص باطلا فمن باب أولى يكون
العقد الذي لا يعلم له مصدر من مصادر الشريعة • ومن هذا الفريق
من الفقهاء الظاهرية وأبو حنيفة وتدل عليه أصول الامام الشافعي •

المذهب الثاني - جمهور الفقهاء :

يرى أن الأصل في العقود الجواز والاباحة ، فحرية التعاقد مكفولة
للناس ما لم تشتمل على أمر نهى عنه الشارع ، وحرمة بنص أو قياس ،
أو بمقتضى القواعد المقررة ، وذلك حتى يقوم الدليل على المنع
والتحريم •

وتجوز على هذا أصول أحمد رضى الله عنه ، ومالك ، وبعض
الحنابلة وعلى رأسهم ابن القيم وأستاذه ابن تيمية^(١) •
وقد استدل هؤلاء لمذهبهم بما يأتي :

١ - أن كل عقد واجب الوفاء إلا ما قام الدليل على منعه ،
والوفاء بالعقود واجب لأن الله تعالى يقول في كتابه :

﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ (٢) •

﴿ والموفون بعهدهم إذا عاهدوا ﴾ (٣) •

﴿ بلى من أوفى بعهد واتفق فإن الله يحب المتقين ﴾ (٤) •

﴿ ووافوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها ﴾ (٥) •

﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ (٦) •

وعلى ذلك فقد أوجب الوفاء بالعقود من غير تعيين •

(١) الفتاوى الكبرى ج ١ ص ٣٢٦ وما بعدها ، قاعدة العقود ص
١٤ ، ١٥ ، اعلام الموقعين ج ٢ ص ٣٤ ، القواعد النورانية ص ١٨٤
(٢) النساء : ٢٩
(٣) البقرة : ١٧٧
(٤) آل عمران : ٧٦
(٥) النحل : ٩١
(٦) المائدة : ١

ويقول سبحانه وتعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ (١) فكل ما يطلق عليه اسم التجارة من العقود يجب الوفاء به ما دام قد تحقق الرضا .

٢ - ان العقود من باب الأفعال العادية والأصل فيها عدم التحريم لقوله تعالى : ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ ﴾ (٢) عام في الأعيان والأفعال ، وليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود وانما شرعها كلها بمثل قوله تعالى : ﴿ وَاحِلَ اللَّهِ الْبَيْع ﴾ (٣) وقوله سبحانه وتعالى : ﴿ وَاحِلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ إِنْ تَتَّبِعُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ ﴾ (٤) .

٣ - ان تصرفات العباد من الأقوال والأفعال نوعان : عبادات - وعادات يحتاجون اليها في دنياهم ، واعتادوا عليها ، والأصل في العادات عدم الحظر الا ما حظره الله ورسوله (٥) . وبعبارة أخرى : فالأصل في العادات العفو فلا يحظر منها الا ما حرمه الله والا وصلنا الى معنى قوله تعالى : ﴿ قُلْ إِرَآيْتُمْ مَا أَنزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَامًا وَحَلَالًا ﴾ (٦) .

وفي صحيح مسلم ، عن عياض بن حمار عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : قال الله تعالى : « إني خلقت عبادي حنفاء فاجتالهم الشياطين وحرمت عليهم ما أحللت لهم ، وأمرتهم أن يشركوا بي ما لم تنزل به سلطانا » .

واذا كان ذلك كذلك ، فالناس يتبايعون ويتاجرون كيف شاؤوا ما لم

(١) النساء : ٢٩ .
(٢) الأنعام : ١١٩ .
(٣) البقرة : ٢٧٥ .
(٤) النساء : ٢٤ .
(٥) راجع الشاطبي ج ٢ ص ٢١ من الموافقات ، الغروق للقرافي ج ٣ ص ١٤٥ .
(٦) يونس : ٥٩ .

تحرمه الشريعة وما لم تحد الشريعة في ذلك حدا .. فيستغنون فيه الاطلاق وهو الأصل ، ولكن المتأمل في أقوال وحجج الفريق الأول من الفقهاء ، يجد أنهم قد وسعوا في الأدلة المثبتة لجواز العقود وصحتها ، اذ يقدرُون الأخذ بالمصالح المرسلَة والاستحسان^(١) والعرف ما لم يكن معارضا لنص .

وهذه الأدلة من السعة بحيث تشمل ما تجرى به المعاملات فمن القواعد الفقهية : الثابت بالعرف كالثابت بالنص^(٢) .

وهذه القاعدة كافية لفتح باب التعاقد ، واطلاق الحرية للمتعاقدين على عكس ما يقولون به من أن الأصل هو الحظر والمنع^(٣) .

ولا شك عندنا أن في ترجيح ما يقول به أصحاب المذهب الثاني ما يرفع الحرج والضيق في معاملات الناس في وقت اتسعت فيه دائرة المعاملات المالية وتشعبت وظهرت صور شتى لأنواع المعاملات وبخاصة في مجال العقود .



رابعاً - اعتبار العرف والعادات كأساس لتحديد الالتزامات :

فالعرف كمصدر من مصادر التشريع الاسلامي يجد سنده ودليله في قوله تعالى : ﴿ خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين ﴾ (٤) ويتخذ العرف أساساً لتحديد الالتزامات والحقوق العقدية في كل ما لم يرد به نص في العقد .

ومن القواعد الفقهية في العرف وسلطانه :

-
- (١) يراجع البزدوى على كشف الأسرار ج ٤ ص ١١٢٣
 - (٢) يراجع ابن عابدين ج ٤ ص ١١٥ ، ١١٦ ، ١٣٤ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ج ١ ص ١٢٦ وما بعدها ، الأم للشافعي ج ٣ ص ٢ ط دار الشعب - القاهرة .
 - (٣) يراجع محمد أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد - ص ٢٧٢ ، د. محمد سلام مذكور ، المدخل للفقه الاسلامي ص ٥٩٩
 - (٤) الأعراف : ١٩٩

- (أ) « العادة محكمة » المجلة / ٤٠
(ب) « المعروف عرفا كالمشروط شرطا » المجلة / ٤٣
(ج) « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » المجلة / ٤٥

وقد فرع الفقهاء كثيرا من الفروع والأحكام في مختلف أنواع المعاملات على أساس من هذه القواعد :

- (أ) فتسمية ثمن المبيع وأجرة المأجور اذا لم يصرح به العاقدان وكان فيه عرف جار في بلد العقد يلتزم به الطرفان بحكم العرف .
(ب) تجاوز المستأجر الحدود الجائزة له في استيفاء منفعة المأجور حتى يعتبر متعديا ضامنا قيمته اذا تلف ، يرجع فيه الى العرف .
(ج) ما يعد عيبا في البيع مسوغا لفسخ البيع أو لا يعد عيبا ميزانه العرف .

ومما هو جدير بالذكر أن ما بنى على العرف من الأحكام انما يتبدل بتغير العرف ومن هنا كانت قاعدة : « لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان » المجلة / ٣٩ .

* * *

خامسا - الوفاء :

العقد المشروع المستكمل لشروطه ملزم لعاquديه واجب التنفيذ ويتعين الوفاء به . فالعقود الصحيحة انما أبرمت لتنفذ ويظهر أثرها في الواقع في معاملات الناس . وقد أمر الله سبحانه وتعالى بالوفاء بالعقود في قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ (١) .

وفي معنى هذه الآية يقول ابن جرير الطبري :

« يا أيها الذين آمنوا أقرؤا بوحداية الله وأذعنوا له بالعبودية ولسنوا له الألوهية وصدقوا رسوله محمدا صلى الله عليه وسلم في

(١) المائدة : ١

نبوته وفيما جاء به من عند ربه من شرائع دينه • ﴿ اوفوا بالعقود ﴾
يعنى : « اوفوا بالعهود التى عاهدتموها ربكم والعقود التى عاقدتموها
اياء وأوجبتكم بها على أنفسكم حقوقا ، وألزمتم أنفسكم بها لله فروضا ،
فأتموها بالوفاء والكمال والتمام منكم لله بما ألزمكم بها ، ولمن عاقدتموه
منكم ، أوجبتموه له بها على أنفسكم ، ولا تنكثوها فتتنقضسوها بعد
توكيدها » ... ويذكر أن قوله : ﴿ اوفوا بالعقود ﴾ أمر منه لعباده للعمل
بما ألزمهم من فرائض وعقود ونهى منه لهم عن نقض ما عقده عليهم •
ويذكر الطبرى : « أن الأمر بالوفاء بالعقود فى الآية يعنى كل
عقد ، وعليه فلا مسوغ لأن تختص بوفاء بعض العقود دون
بعض » (١) •

ويرى صاحب البحر المحيط فى الخلاف حول :

هل المقصود بالنداء فى الآية المؤمنون أم أهل الكتاب ، أم هو
هنا عام ؟

ثم يقول : « والظاهر عموم المؤمنين ... وعموم العقود فى كل
ربط يوافق الشرع ، سواء أكان اسلاميا أم جاهليا » (٢) •

وجاء فى أحكام القرآن : « العقد ما يعقده العاقد على أمره بفعله
هو أو يعقد على غيره فعله على وجه الزامه اياه ، لأن العقد اذا كان فى
أصل اللغة الشد ، ثم نقل الى الايمان ، والعقود عقود المباحات
ونحوها فان ما أريد به الزام الوفاء بما ذكره وإيجابه عليه ، وهذا
اما يتناول منه ما كان منتظرا مراعى فى المستقبل ، من الأوقات فيسمى
البيع ، والنكاح والاجارة وسائر عقود المعاوضات عقودا لأن كل واحد
منها قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به ، والشركة والمضاربة

(١) جامع البيان - ج ٦ ص ٢٧ وما بعدها .

(٢) البحر المحيط لأبى حيان ج ٣ ص ٤١٣ ، راجع أيضا روح

المعاني للالوسى ج ٦ ص ٤٨

ونحوها تسمى أيضا عقودا بما وصفنا من اقتضائه الوفاء بما شرطه كل واحد من الربح والعمل لصاحبه وألزمه نفسه ، وكذلك العهد والايان لأن معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها ، وكذلك كل شرط شرطه انسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد « (١) » .

* * *

سادسا - الأصل العقدى والصبغة الدينية :

يتميز الفقه الاسلامى فى قسم المعاملات عن الأنظمة الوضعية بوجود الحلال والحرام فيه ، فأحكام المعاملات فى الفقه الاسلامى ذات أصل عقدى واعتبار دينى (٢) ، وفى ذلك يقول الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله : « ومن يحاول أن يفهم الشريعة الاسلامية على أنها قوانين مجردة ومعالجات لاصلاح طوائف من المجتمع ، وتنظيم معاملاتهم من غير أن يربطها بالاسلام فلن يفهمها على وجهها الصحيح ، لأن الفهم المستقيم ما قام على رد الفروع الى أصولها ، والنتائج الى مقدماتها ، وان جعل القوانين مستمدة من الدين من شأنه أن يقلل الفرار من أحكامها ، لأن الناس يستشعرون الخشية من الله وأن ربط القانون الاسلامى بالدين يجعله مرتبط كل الارتباط بقانون الأخلاق ... فكانت الشريعة بحق أول قانون تلتقى فيه الشريعة بالأخلاق ، ويكونان صنوين متحدين متلاقين ، وأن استمداد الفقه الاسلامى بنايعة من الدين جعله شاملا فى سلطانه للراعى والرعية ، وكان من حق الناس أن يقولوا للحكام أقم مقيدون بأحكام الشريعة ، وأقم مسئولون عن تنفيذها » (٣) .

(١) أبو بكر الجصاص - أحكام القرآن ج ٢ ص ٢٩٤ ، ٢٩٥ ، طبعة ١٣٣٥ هـ .

(٢) الموافقات ج ٢ ص ٣٣١ - منية الطالب فى حاشية المكاسب للشيخ موسى الخونسارى ج ١ ص ١٠ طبعة ايران ، اعلام الموقعين ج ٣ ص ٨٤ ، البدائع ج ٤ ص ١٩٠ ، المدونة ج ١١ ص ٦٦

(٣) الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الاسلامية - طبعة ١٣٩٦ هـ (١٩٧٦) ص ٥

وارتباط الأخلاق بنظام المعاملات في نظرنا انما هو من المسائل الجوهرية التي يتميز بها التشريع الاسلامي اذ يتجلى فيه ذلك على نحو ملزم على عكس ما هو موجود في الأنظمة الوضعية من أنه اذا قيل ان قاعدة ما قاعدة أخلاقية دل ذلك على أنها غير ملزمة وارتباط الأخلاق بنظام المعاملات على نحو ملزم في الفقه الاسلامي انما يرجع الى أمر أساسي ، هو أن الاسلام عقيدة وشرعة ودين ودنيا لا ينقسمان ولا ينفكان عن بعضهما ويعملان في نسق رائع وتوازن دقيق .

ويدل على ذلك قوله تعالى : ﴿ قل ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين ﴾ (١) .

وقوله تعالى : ﴿ ان الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر ﴾ (٢)

وما من شك في أن الفس والتدليس والتغريز ، وتطفيف الكيل والميزان وعدم الوفاء بالعقود كلها من عيوب المعاملات ومنكراتها وقد نسبت الآية النهي عنها الى الصلاة وهي من العبادات ، دلالة على الربط الوثيق بين العبادات والمعاملات ، هذا وان كانت تلك الصبغة الدينية التي تميز الفقه الاسلامي في المعاملات وثبت طابعها المستقل - يساء فهمها أحيانا ويستغل معناها للاساءة الى الفقه الاسلامي ورميه بالجمود والتخلف في الوقت الذي أقام فيه الفقه الاسلامي للاستحسان والمصالح المرسلة والعرف وزنا لا يستهان به في معاملات الناس .

ومما يجدر ذكره في هذا الخصوص أن مسلك الفقهاء في عدم التفريق بين الرضا والاختيار والاعتداد بالقصد الممثل في نزوع الارادة الى الفعل والى آثاره يدل على نظرة الجمهور الى المعاملات وأنها ليست نظرة مادية بل هي نظرة قائمة على صبغ المعاملات بصبغة

(١) الأنعام : ١٦٢

(٢) العنكبوت : ٤٥

دينية^(١) وربطها بالباطن بحيث تؤثر المعاصي في ترتيب الحكم الشرعي كما في السكر بمحرم أو بتعد وبغير مجرم^(٢) ، وكما في العاصي بسفره فلا يستحق أن يتمتع برخص السفر من القصر والجمع والفطر^(٣) كما أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن الحل والحرمة يتعلقان بالقصد الباطن ، يقول البزدوى^(٤) : « الاثم يعتمد عزائم القلوب اذا اتصلت بالفعل » .

* * *

(١) من هذا الرأي د. علي محيي الدين - مبدا الرضا في العقود ص ٢٣٧

(٢) جمهور الأصوليون ينتسبون على امتناع تكليف السكران الذي لا يعي وهناك جماعة من الفقهاء يصرحون بأن السكران بمحرم مكلف يقع طلاقه ويصح ايلأؤه ولزمه الحدود كلها وانفرائض وعلى رأسهم الشافعي في الام ج ٥ ، ص ٢٣٥ ط دار الشعب بالقاهرة ، اذ لا تستفاد الرخص من المعاصي اما اذا كان السكر يغير محرم كأن شرب الخمر مكرها او جاهلا او مضطرا فلا خلاف على عدم نفاذ تصرفاته القولية .

(٣) انظر الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ج ١ ص ٣٥٩ - الام ج ١ ص ٣٥٩ وذلك خلافا للحنفية الذي ذهبوا الى تمتع العاصي بسفره بكل احكام السفر ، حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ١٢٤

(٤) اصوله بهامش كشف الاسرار ج ٤ ص ٣٩٥

المطلب الثانى

تعريف العقد فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى

الفرع الأول : معنى العقد فى الفقه الاسلامى

● مقدمة :

لمعرفة حكم الشرع فيها ، وكانت طريقة الفقهاء فى بيان الأحكام نفى بالغرض وتسد حاجة الناس وإن كان الفقهاء المسلمون بذلك قد وضعوا الأسس والمبادئ التى منها وعلى هداها يستطيع المتأخرون من الفقهاء أن يستنبطوا ويضعوا من النظريات العامة فى العقود والملكية وغيرها ما يشفى الغلة فى وقت تعددت وتنوعت وتشعبت فيه المعاملات فى العصر الحاضر .

ويتعين علينا أن نأخذ أنفسنا بما أخذ به السابقون أنفسهم فمن الله عليهم بفتح من عنده : ﴿ وعنده مفاتيح الغيب لا يعلمها الا هو ﴾ (١) فهو القائل فى كتابه العزيز : ﴿ واتقوا الله ، ويعلمكم الله ﴾ (٢) .

فلنتق الله فى أنفسنا وفى علمنا وفى مناهجنا التعليمية حتى نصل ماضيها بحاضرنا ونطالع العالم بفقهنا نضئ به جوانب الفكر الانسانى ، ونحل به مشكلات الحضارة الانسانية فى معاملات الناس (٣) وما ذلك على الله بعزيز .

اولا - معنى العقد فى اللغة :

يطلق العقد فى اللغة على معان كثيرة منها : الربط ، والشد ، والاحكام ، والتوثيق ، والجمع بين أطراف الشئ وربطها .

(٢) البقرة : ٢٨٢

(١) الأنعام : ٥٩

(٣) تراجع رسالتنا ، نظرية تحمل التبعة ، ص ٥

وفي الشهاب على البيضاوي^(١) : « وأصل معنى العقد الربط محكما ثم تجوز به عن العهود وعقود المعاملات » .
ومن معنى الربط الحسى بين طرفى الجبل أخذت الكلمة للربط المعنوى بين كلامين .

ومن معنى الاحكام والتقوية الحسية أخذ اللفظ وأريد به العهد ، ولذا صار العقد بمعنى العهد الموثق^(٢) .

والظاهر أن استعمال العقد فى الربط المعنوى ليس من باب المجاز ، لأن العقد اسم لمطلق الربط ، فيكون الربط المعنوى من ما صدقاته كالربط الحسى . ويدل على ذلك اطلاق علماء اللغة «العقد» على الربط ، والربط أعم من أن يكون حسيا أو معنويا ، ولهذا يقول الشوكانى :

العقود : العهود ، وأصل العقود الربوط ، وأحدها عقدا .
يقال : عقدت الجبل والعهد ، فهو يستعمل فى الأجسام والمعانى وإذا استعمل فى المعانى أفاد أنه شديد الاحكام قوى التوثيق^(٣) .

ثانيا - معنى العقد فى اصطلاح الفقهاء :

إن معنى العقد فى اصطلاح الفقهاء لا يبعد عن معناه اللغوى وإن كان أكثر تحديدا له .

ويطلق العقد عند الفقهاء على معنيين هما :

(١) المعنى الخاص او المعنى الشائع المشهور :

وهو « ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه مشروع يثبت أثره فى المعقود عليه (المحل) » . بما يدل على

(١) ج ٣ ص ٢٠١ (مشار اليه فى رسالة نظرية العقد للدكتور محمد شوكت ص ١) .

(٢) يراجع فى هذا المعنى : محمد أبو زهرة - المرجع السابق ص ١٩٩

(٣) فتح القدير فى التفسير للشوكانى ج ٢ ص ٣

ذلك من عبارة أو كتابة أو إشارة أو فعل • ويترتب عليه التزام كل واحد من العاقدین بما وجب به للآخر سواء أكان عملاً أو تركاً» (١) •
وتأسيساً على ذلك فما يتم بكلام من طرف واحد لا يكون عقداً من العقود كالطلاق والعقود المجردان عن المال ، والوقف ، والابراء والنذر واليمين والتنازل عن الحقوق كحق الشفعة ونحو ذلك •

والإيجاب : هو ما يصدر أولاً عن أحد العاقدین معبراً عن إرادته في إنشاء العقد •

أما القبول : فهو ما يصدر ثانياً بعد الإيجاب معبراً عن موافقته عليه (٢) •

فمثلاً :

لو قال شخص لآخر : بعثك داري بمبلغ كذا ، وقال الآخر : وأنا قبلت شراءها منك بهذا المبلغ ، يقال حينئذ : انه قد حصل بينهما عقد بيع باللفظ ، وسمى ما صدر من البائع أولاً إيجاباً ، وما صدر من المشتري ثانياً قبولاً ، وسميت الدار مبيعاً أو معقوداً عليه أو محل البيع ، والمبلغ ثمناً ، وسمى كل من البائع والمشتري عاقداً وسموهما معاً عاقدین أو متبايعین ، وسمى الأثر المترتب على عقد البيع (وهو تملك المشتري للدار وتملك البائع للثمن) حكم البيع ، وسمى مجموع اللفظين اللذين هما الإيجاب والقبول صيغة العقد •

ومتى تم العقد صحيحاً مستوفياً شرائطه الشرعية ترتب عليه أثره

(١) يراجع المادة (٢٦٢) من مرشد الحيران والمادتين ١٠٣ ، ١٠٤ من مجلة الأحكام العدلية - يراجع الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد د. مصطفى الزرقا ج ١ ص ٢٩١ وما بعدها - فتح القدير للكمال ج ٢ ص ٣٤١ - التوضيح على التنقيح ج ١ ص ٢١٥ - وبرهان الشريعة الوقاية ، مخطوطة طوب قاب باستانبول برقم ٣٧٣٣ ورقة ٧٠ مشار إليها في مبدأ الرضا في العقود ص ١١٨ هامش •

(٢) وهو مذهب الحنفية - فتح القدير ج ٥ ص ٧٤ وسيأتي تفصيل ذلك ومذهب جمهور الفقهاء •

وهو انتقال ملكية الدار للمشتري ، وانتقال ملكية الثمن للبائع ، ومن هنا كان معنى ظهور أثر توافق الارادتين وارتباط القبول بالايجاب في المحل - المعقود عليه - أى أن المعقود عليه يخرج عن حالته الأولى الى حالة جديدة ، فان كان يباع خرج المبيع من ملك بائعه الى ملك المشتري ، وخرج الثمن من ملك المشتري الى ملك البائع^(١) .

ومعنى ذلك - وهو مما يجب التنبيه اليه - أن الفقه الاسلامى يأخذ بالنزعة الموضوعية ، اذ يهتم الفقهاء بالنتيجة التى يسفر عنها العقد في المحل دون اعتداد بالنتائج الأولية من ناحية أنه ينشئ التزاما شخصيا^(٢) . وفى ذلك يقول الله تعالى : **« يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ »** (٣) .

فهو التزام بالوفاء يظهر أثره في المعقود عليه^(٤) .

-
- (١) يراجع أحمد أبو الفتح - المعاملات - ص ١٣٩
(٢) يراجع د . محمد سلام مذكور - المدخل للفقه الاسلامى ص ٥٩٩ ، وما بعدها ، د . عبد الرزاق حسن فرج - نظرية العقد الموقوف في الفقه الاسلامى ص ١٢ ، د . السنهورى - مصادر الحق ج ١ (٣) المائدة : ١

(٤) وقد جاء في الهداية وفتح القدير : « البيع ينعقد بالايجاب والقبول » وفى العناية على الهداية « الانعقاد هنا تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل ويسمى ما تقدم من كلام العاقدين ايجابا لأنه يثبت للآخر خيار القبول فاذا قبل يسمى كلامه قبولا » ج ٥ ص ٧٤ . وفى مختصر خليل ص ١٨٧ ، ١٨٨ : « ينعقد البيع بما يدل على الرضا سواء اكان ما يدل على الرضا قولا أو فعلا وسواء اكان القول أو الفعل من الجانبين أو قولا من أحدهما وفعلا من الآخر ، وان كان ما دل على الرضا معاطاة بأن يدفع البائع الثمن للمشتري ويأخذ منه الثمن بدون ذكر لفظ البيع والشراء سواء اكان المبيع من المحقرات التافهة أو مما له قيمة ، وسواء تقدم الايجاب على القبول أو تأخر (طبعة دار أحياء الكتب العربية - عيسى الحلبي) .

وفى جواهر العقود للمنهاجى : « والبيع فى الشرع عبارة عن ايجاب وقبول » ج ١ ص ٥٥ طبعة ١ مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة .

وفى الكافى فى فقه الامام أحمد لابن قدامه : « البيع حلال وهو نوعان أحدهما : الايجاب والقبول . . فان تقدم القبول الايجاب بلفظ الماضى

=

(ب) المعنى العام :

ومن الفقهاء من عرف العقد بتعريف أعم من السابق ، وأطلقه على معنى أوسع من التعريف السابق فقالوا :

العقد : كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعى ، سواء أكان صادرا من طرف واحد كالنذر والطلاق والصدقة ، أم صادرا من طرفين متقابلين كالبيع والاجارة^(١) .

والى ذلك ذهب الجصاص من فقهاء الحنفية ، فقد أطلق العقد على التزام شئ فى المستقبل أعم من أن يكون من جهة واحدة أم من جهتين^(٢) .

وتعريف العقد بهذا المعنى — كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعى — أظهر فى كتب المالكية والشافعية والحنابلة منه فى كتب الحنفية^(٣) . ويذهب البعض^(٤) الى أنه ينبغى أن يحمل قول من عرف العقد

والطلب صح . والثانى المعاطاة ويشترط له (البيع) الرضا الا فيما يجب — وان أكره على بيع واجب صح « ج ٢ ص ٣ الطبعة ٢ — المكتب الاسلامى للطباعة والنشر — بيروت .

وفى حاشية الروض المربع للعنقرى : « البيع شرعا مبادلة مال ولو فى الذمة بقول أو معاطاة .. أو منفعة مباحة مطلقا بمثل أحدهما » ج ٢ ص ٢٢ ، ٢٣ — مكتبة الرياض الحديثة بالرياض .

وفى الافصاح لابن هبيرة : « والبيع فى الشرع عبارة عن ايجاب وقبول » ج ١ ص ٣١٧ المؤسسة السعيدية بالرياض . وفى نظرية العقد لابن تيمية ص ٥٥ : « والبيع فى الشرع عبارة عن ايجاب وقبول » .

(١) يراجع جامع الفصولين ج ٢ ص ٢ — التحرير وشرحه للشيخ

زكريا الانصارى ج ٢ ص ٣

(٢) احكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٣٦٠ وما بعدها — راجع ايضا

آيات الاحكام ج ٢ ص ٢٩٤ — تفسير الفخر الرازى ج ١١ ص ١٢٣ أول سورة المائدة .

(٣) الفروق للقرافى ج ٤ ص ١٣ — يراجع نظرية العقد — د. محمد

شعبان حسين ص ٦ وما بعدها — فتح القدير ج ٥ ص ٤ و ج ٧

ص ١١٤ — ١١٥

(٤) د . محمد شعبان حسين — المرجع السابق ص ٥

بأنه كل تصرف شرعى ينشأ عنه حكم شرعى — على أن المراد بالتصرف القولى ، أما التصرف الفعلى الذى ينشأ عنه حكم شرعى كالقتل الذى يترتب عليه القصاص أو الدية ، والسرقه التى يترتب عليها الحد ، والاتلاف الذى يترتب عليه الضمان فان كل واحد منها وان كان تصرفا ينشأ عنه حكم شرعى الا أنه لا يسمى عقدا ، لأن المراد بالعقد عادة وعرفا التصرفات القولية ، وعلى هذا يكون المراد بالعقد بمعناه العام كل تصرف قولى ينشأ عنه حكم شرعى ، سواء أكان هذا التصرف صادرا من شخصين أو أكثر ، أو كان صادرا من شخص واحد ، والعقد بهذا المعنى العام يرادف اصطلاح الالتزام ، ولا يزال أخص من اصطلاح التصرف لأن الأخير ينظم الالتزام وغيره كالاستهلاك والاتنفاع وغيرها^(١) .

ويرى البعض^(٢) : أنه لا مانع من تسمية ما يتم بالارادة المنفردة وحدها عقدا على أن العقد المكون من ارادتين متوافقتين متقابلتين هو فى الحقيقة عقد مؤلف من عقدين أحدهما من ناحية الموجب و ثانيهما من ناحية القابل ، وعلى ذلك يكون العقد عنده هو « ايجاب الانسان أمرا على نفسه اما باختياره واردة واما بالزام الشرع له » .

وتعريف العقد بالمعنى الخاص هو الشائع المشهور عند الفقهاء حتى كاد ينفرد هو بالاصطلاح . وهو المتبادر عند الاطلاق ، ولا ينصرف الى المعنى العام الا بتنبية يدل عليه ، ويتضح ذلك من تتبع كتب الفقهاء عند الكلام على العقود^(٣) .

(١) انظر احكام المعاملات الشرعية — الخفيف طبعة ٤ — ١٣٧١ هـ .
(٢) مذكرة الالتزامات فى الشرع الاسلامى لقسم الدكتوراة سنة ١٩٤٥ ص ٤٢ وما بعدها للشيخ احمد ابراهيم — انظر ايضا تفسير الفخر الرازى ج ١١ ص ١٢٣ أول سورة المائدة .
(٣) انظر تعريف الدسوقى للعقد فى الشرح الكبير ج ٣ ص ٥ — فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٣٣٦ وما بعدها — محمد ابو زهرة المرجع السابق ص ٢٠١ — د. محمد شعبان حسين ، المرجع السابق ص ٤

وكما يكون العقد لافادة ملك العين بعوض كما في البيع
يصح أن يكون عقدا لافادة ملك العين بغير عوض كما في الهبة ، ويصح
أن يرد العقد على العين لحفظها وديعة ، أو لاستهلاكها بالانتفاع قرضا
ورد بدلها . ويصح أن يرد العقد على منافع الأعيان للانتفاع بها
بعوض كالاجارة ، أو بغير عوض كالاغارة ورد عينها لصاحبها ، ويصح
أن يرد العقد على عمل من الأعمال الصناعية كصاحب القماش يذهب
الى الخياط ليصنع له ثوبا ، أو على خدمة معينة ونحو ذلك .

* * *

انفرع اثنانى : معنى العقد فى القانون الوضعى

عرفت المادة (١١٠١) من القانون المدنى الفرنسى العقد بأنه :
« اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر
بإعطاء أو بعمل أو بالامتناع عن عمل شئ » .

وعرفته المادة (١٦٥) من قانون الموجبات والعقود اللباني :
« الاتفاق هو كل التئام بين مشيئة وأخرى لاتتاج مفاعيل قانونية
واذا كان يرمى الى انشاء علاقات الزامية سمي عقدا » .

وعرفته المادة ٧٣ من القانون المدنى العراقى بأنه :
« ... ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر
على وجه يثبت أثره فى المعقود عليه » .

والمادة (٨٩) من القانون المدنى المصرى تنص على أن :
« يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين
مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد
العقد »^(١) .

(١) هذه المادة تقابل المادة ٨٩ من القانون المدنى الليبى و ٨٥ ،
٩٠ عراقى و ٧٣ سودانى .

وعرفته المادة (١٢٥) من المشروع التمهيدي للقانون المدني
المصري الحالي^(١) :

« العقد هو اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على انشاء رابطة
قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها » .

ويكاد علماء القانون يتفقون على أن العقد هو^(٢) :

« توافق ارادتين أو أكثر على احداث أثر قانوني سواء أكان هذا
الأثر هو انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه » .

وهذا التعريف الفقهي للعقد فيه بعض المغايرة لما نصت عليه
الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري وما تضمنته المادة ٨٩ من
القانون المدني نفسه ففيهما ايثار المشرع لمذهب الارادة الظاهرة بصورة
واضحة فلم يتطلب لانعقاد العقد توافق ارادتين ، بل استلزم تبادل التعبير
عن ارادتين متطابقتين^(٣) .

وهذا الرأي في تكييف وجهة المشرع بأخذه بالارادة الظاهرة وما
تعنيه من المذهب المادى على حساب الارادة الباطنة وما تعنيه من المذهب
الشخصى غير مسلم في فقه القانون فهناك جدل كبير حول مبدأ سلطان
الارادة^(٤) باعتبار أن الارادة أساس العقد وقوامه ، فقد بالغ أنصار

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٠ ، ١١ هامش .

(٢) د . السنهورى - الوسيط - نظرية الالتزام ص ١٥٠ -
د . عبد المنعم فرج الصده - مصادر الالتزام ص ٥٧ ، ٥٨ ط دار النهضة
العربية بيروت ١٩٧٩ - د . أحمد حسن البرعى - نظرية الالتزام في
القانون المغربى ص ٢٥ ط دار الثقافة ، الدار البيضاء - د . محمد
لبيب شنب موجز مصادر الالتزام ص ١٧١ ط دار النهضة العربية بيروت
١٩٧٠ . اذ يختصر التعريف الى أن العقد هو توافق ارادتين على انشاء
التزام أو أكثر . استاذنا الدكتور عبد الودود يحيى - مصادر الالتزام
ص ١٧ - دار النهضة .

(٣) د . أنور العمروسى - التعليق على نصوص القانون المدني
المعدل ج ١ ص ١٨٥ ط دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية سنة ١٩٨٣
(٤) أنظر الدكتور السنهورى - الوسيط - مصادر الالتزام -
ص ١٥٢ ، ١٥٦ ، ١٦٠ ج ١ دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٦٤

مبدأ سلطان الإرادة الى حد اتخاذه مبدأ مطلقا في كل نواحي القانون وهو مذهب القوانين اللاتينية وهي التي تذهب مذهبيا شخصيا في العقد وتأخذ بنظرية الإرادة الباطنة اذ العبرة عندهم بإرادة المتعاقدين التي يكنها ضمير كل منهما وما التعبير المادى عن هذه الإرادة الا مجرد دليل يكشف عنها ومن ثم فالعبرة في العقود للمقصود .

وهذه المبالغة في مبدأ سلطان الإرادة من أنصار المذاهب الفردية يقابلها على النقيض معارضة من خصوم المبدأ الذين يقولون بنبذه مرة واحدة من أنصار المذاهب الاشتراكية وهذا الاتجاه يعول على الإرادة الظاهرة ويقف عند التعبير عن الإرادة ، فالتعبير المادى عن الإرادة ليس مجرد دليل عليها بل هو الإرادة ذاتها وهو مذهب القوانين الجرمانية .

والمذهب الوسط أو الاعتدال فيما يتعلق بدور الإرادة في العقود فان دورها في الحقوق العينية أقل أثرا منه في الحقوق الشخصية فلا تستطيع الإرادة أن تنشئ حقوقا عينية جديدة كما أن آثار هذه الحقوق يقوم القانون بتحديد الجانب الأعظم منها ، أما دور الإرادة في الحقوق الشخصية فأكثر اتساعا وأوضح أثرا فهي مصدر لكثير من الحقوق الشخصية الى جانب مصادر أخرى لتلك الحقوق كالعمل غير المشروع والاثراء بلا سبب ومجال سلطان الإرادة أكثر اتساعا في الالتزامات الإرادية والتعاقدية وان كانت محددة بالنظام العام والآداب... الخ . وعلى هذا النحو فالقانون يعترف بمبدأ سلطان الإرادة ولكنه يقيده بما يحقق المصلحة العامة والعدالة بما أعطاه للقضاء من سلطة في هذا المجال^(١) .

(١) فللقاضى سلطة استكمال شروط العقد وهو الذى يتولى تطبيق عيوب الإرادة ويراقب مشروعية السبب ويحدد مضمون العقد - د. عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام ص ٥٢ - مرجع سابق ، السنهورى - الوسيط - مصادر الالتزام ج ١

وبعد ، هذا الايضاح المهم لمسلك الفقهاء في تعريف العقد ومسلك
الشرع في بيان معنى العقد وجنوحه الى الارادة الظاهرة الذى يحكى
نوعا من التقدم فى المعاملات المدنية بما ييسر المعاملات ويسهلها ويستجيب
لمتطلبات العصر الحاضر فى القرن العشرين •

وعلى هذا الأساس فان قوام العقد - سواء بمعنى توافق
ارادتين أو تبادل التعبير عن ارادتين متطابقتين - أمران هما :

١ - أن تكون هناك ارادتان متقابلتان ، فالارادة الواحدة تنشئ
تصرفا قانونيا بارادة منفردة والتقابل بين ارادتين يكون عقدا •

٢ - وجوب الاتفاق على احداث أثر قانونى والا فلم نكن بصدد
عقد ، ويعرف ذلك من الظروف والملايسات ، فأعمال المجاملات لا تنشئ
عقودا والنية هنا قائد العمل وسائقه فيها يبين من الظروف والملايسات
قصد المتعاقدين الى احداث أو انشاء التزامات أو التزام •

وكل ذلك فى نطاق المعاملات المالية بين الأفراد أى التى تدخل
فى نطاق القانون الخاص فتخرج العلاقات التى يحكمها القانون التولى
العام أو القانون الادارى أو قوانين الأحوال الشخصية^(١) •

(١) يذهب د. البدراوى الى أن الاجماع يكاد ينقصد بين الشراح
والقضاء ، وعلى ان نطاق العقد يجب أن يكون مقصورا على دائرة روابط
القانون الخاص لا روابط القانون العام - النظرية العامة للالتزامات فى
القانون المصرى ص ٤٢ - ولكن خلافا بين الشراح ثار حول شمول العقد
للروابط القانونية غير المالية كالزواج ونحوه فذهب البعض منهم (د .
السنهورى مرجع سابق ص ١٧٤ - د . حشمت ابو ستيت نظرية
الالتزام ج ١ ص ٣٩ - د. عبد المنعم الصدة مرجع سابق ص ٥٢ -
انور سلطان - النظرية العامة للالتزامات ص ٢٩) الى انها لا تسمى
عقودا فى حين ذهب آخرون منهم (د. سليمان مرقص ص ٤٤) الى انها
تسمى عقودا ، وهناك فريق ثالث حصر العقد فى العقود التى تتعارض فيها
مصالح العاقدين ويتفاوض فى شروطها الطرفان على قدم المساواة فتخرج
عقود الشركة وعقود الازعان والعقود الجماعية وتصلح الدائنين مع

وجنوح المشرع الى الارادة الظاهرة في تكوين العقد^(١) ابتغاء استقرار التعامل فان ذلك لا يطغى على الأصل في التقنين المدنى المصرى الجديد وهو الارادة الباطنة وان كانت وسيلة التعرف عليها هى الارادة الظاهرة ، وهنا تكون الارادة الظاهرة وسيلة لا غاية ، ولكن التقنين المدنى المصرى الجديد على الرغم من هذا لا يزال فى حظيرة التقنيات اللاتينية الحديثة التى خطت خطوات واسعة فى هذا المجال ولكنه لم يبلغ فى ذلك مبلغ التقنين الألمانى والتقنيات الجرمانية الأخرى^(٢) .



● موازنة بين معنى العقد فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى :

بامعان النظر وانعامة فى معنى العقد لدى فقهاء الاسلام يتضح أن هناك مجموعة من الضوابط الشرعية التى تميزه نذكر منها ما يلى :

١ - أن الفقه الإسلامى وقد عبر عن العقد « بالارتباط بين الإيجاب والقبول » مما يدل على الاهتمام بالصيغة كوعاء تظهر فيه الارادة ، ويعبر عن الرضا واتجاه النية نحو العبارة والأثر المترتب عليها وفق ذلك المسلك الفقهى ما يقطع فى الدلالة على الاهتمام بالارادة الظاهرة والباطنة فى الصيغة وما يجمعها بالرضا والنية والاختيار من قصد نحو العقد وآثاره المترتبة عليه ، وهو ما لم تصل اليه القوانين الوضعية الا على حين فترة من الزمن مرت فيها بتغليب المذهب الفردى تارة وما يقوم

المفلس ، اذ هى مراكز قانونية منظمة ومن ثم يكون تفسيرها كما تفسر القاعدة القانونية طبقا لما تقضى به الظروف ووفق ما يقتضيه الصالح العام وهذا التضييق لا دليل عليه .

(١) كما يأخذ بها القانون - بالارادة الظاهرة - أيضا فى تفسير العقد كما فى المواد ٩١ ، ٩٢ ، ١٢٠ ، ١٢٦ ، ١٥٠ وغيرها .

(٢) د . السنهورى - الوسيط - مصادر الالتزام ص ٩٩ مرجع سابق .

عليه من المغالاة في حرية الإرادة وسلطانها ومن ثم تقديم المصلحة الفردية على مصلحة الجماعة وإن زعم أنصار هذا المذهب أن المصلحة الفردية تحقق دائما المصلحة الجماعية وأن الأخيرة متحققة من خلال الأولى ، كما مرت النظم الوضعية بمرحلة تغليب المصلحة الجماعية أو مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد من خلال ما يعرف بالمذهب الاشتراكي وما صاحبه من انتكاس في مبدأ سلطان الإرادة وتدخل الدولة في كثير من مسائل التعاقدات الخاصة بين الأفراد وتغليب النزعة المادية في تكوين وتفسير العقود كما ظهر في مجموعة القوانين الجرمانية.

٢ - أن الفقه الاسلامي وقد أقام الارتباط بين الإيجاب والقبول على أمر ضروري وهو أن يكون « على وجه مشروع » ليعبر تعبيرا خاصا ودقيقا عن الصبغة الدينية للعقود في الفقه الاسلامي وهو ما يميزها عن غيرها من العقود في النظم والقوانين الوضعية التي أقامت من القانون ذاته سياجا لهذه العقود ، فمشروعية العقود مستمدة من القانون ليس إلا ، وفي هذا النطاق يختلف الفقه الاسلامي عن القانون اختلافا كبيرا وكثيرا ، فالقانون مثلا يقنن الفائدة وهي أمر محرم في الاسلام .

٣ - أن المشروعية الاسلامية التي يقوم عليها الارتباط بين الإيجاب والقبول هي ما يمكننا أن نطلق عليه « حكم العقد » ومن ثم فأحكام العقود في الفقه الاسلامي « جعلية » أي من جعل الشارع وترتيبه وليست من صنع الأفراد أو المتعاقدين وترتيبهم ، وحكم العقد شرعا بمعنى صحته أو بطلانه وفساده أو جوازه وعدم جوازه ، أو حله وحرمة ، وهذا أمر مستقل به الشارع الحكيم في المنهج الاسلامي بما بينه للناس في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة ، فأمر الحلال والحرام من ترتيب الشارع في الاسلام .

ولذلك قال الفقهاء : ان المراد بارتباط الإيجاب والقبول هو الارتباط الحسي أي تعلق الإيجاب بالقبول عرفا ثم يترتب عليه الارتباط الحكمي

وهو وجوب الوفاء بما التزم به الطرفان بجعل الشارع وأمره ، قال برهان الشريعة^(١) : « في الشرع يحكم بأن الإيجاب والقبول الموجودين حساً يرتبطان ارتباطاً حكماً فيحصل معنى شرعى يكون ملك المشتري أثراً له ... » .

ومن هنا افترق حكم العقد عن أثر العقد بمعنى النتيجة وما يترتب على العقود ويحصل منها من حقوق وواجبات ، وفي ذلك يقول السيد الشريف : « الأثر له ثلاثة معان : الأول بمعنى النتيجة وهو الحاصل من الشيء ، والثاني بمعنى العلامة ، والثالث بمعنى الجزاء »^(٢) . والمقصود هنا هو المعنى الأول في العقود .

٤ - أن الفقه الاسلامي وقد أقام الارتباط بين الإيجاب والقبول على أساس المشروعية العليا فان هذه المشروعية لا تنفصل عن أحداث أثرها على ما يرتبه العاقدان من آثار على العقد أو من التزام أو التزامات ينشئها العقد أو ينقلها أو يعدلها أو ينهيها .

وعلى هذا النحو فانه يمكننا القول بأن هناك في دائرة العقود والتصرفات التعاقدية منطقتان - أو ان شئت نطاقان - تختلف طبيعة كل منهما ومدى حرية العاقدان فيهما :

منطقة المشروعية الأساسية بمعنى أن يكون العقد في ذاته حلال شرعاً ، ومنطقة ترتيب الأفراد أو المتعاقدان لآثار العقد على النحو الذي يحقق مصلحتهما ، وفي هذا النطاق ترك المشرع للأفراد حرية ترتيب مصالحهم من خلال ما يتفقان عليه من آثار للعقد وكيفية تنفيذ ما يترتب عليه من التزامات تجاه كل طرف من أطرافه وذلك في نطاق

(١) مختصر الوقاية ، مخطوطة مكتبة طوب قاب استانبول (٣٧٣٣) ورقة ٧٠ مؤلفه محمود تاج الشريعة المحبوبي - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٩
(٢) التعريفات للجرجاني المعروف بالسيد الشريف ص ٨ ط الدار التونسية للنشر .

المشروعية أيضا فلا بد أن يثبت أثر المشروعية في كل ما يرتبه طرفا العقد من آثار أو التزامات^(١) .

هـ - لا بأس عندى من أن تضاف عبارة « توافق ارادتين » الى تعريف العقد فى الفقه الاسلامى ويصبح التعريف على النحو التالى :
« العقد هو : توافق ارادتين وارتباط الايجاب بالقبول على وجه مشروع يحدث أثره فى المعقود عليه » .
وذلك لثلاثة أسباب رئيسية هى :

(أ) أن الفقهاء المسلمين - فيما عدا الحنفية - عولوا فى تعريف العقد على اجمع بين الارادتين : الظاهرة ممثلة فى العبارة ، والباطنة ممثلة فى الرضا ، على حين كان اهتمام الأحناف بالعبارة أشد وأظهر ، حتى أنهم جعلوا ركن العقد الوحيد هو الصيغة بما تعنيه من الايجاب والقبول وارتباطهما .

ولا شك أن عبارة « توافق ارادتين » أظهر فى الدلالة على هذا المنسلك لدى جمهور الفقهاء ، ولاحتمال أن تفهم عبارة « ارتباط الايجاب بالقبول » على أنها دليل على اهتمام الفقهاء بالمظهر المادى للقصد الذى هو مناط الرضا والاختيار والنية ، وهذه كلها أمور جوائية أو باطنية لا تنفصل عن العبارة التى تتخذ وسيلة للتعبير عنها .
(ب) أن عبارة « توافق ارادتين » بعد اضافتها الى تعريف العقد فى الفقه الاسلامى يجب أن تنصرف أيضا الى معنى اضافى مفيد فى العقد وأعنى به المرحلة التمهيديّة التى تسبق مرحلة الارتباط بين الايجاب والقبول ، وهذه المرحلة التمهيديّة التى تتوج بالتوافق بين الرغبات على أساس حصوله أو تحقق مصلحة كل طرف من العقد

(١) انظر الكاسانى - بدائع الصنائع ج ٧، ص ٢٢٢٣ وما بعدها حيث فرق بين أحكام البيع الأصلية والتبعية ، ونحن نؤثر مصطلح «الحكم والأثر» منعا من اللبس - أيضا القوانين الفقهية ص ٢١٢ - بلفظ السالك ج ٢ ص ٣٤٦ - البحر الزخار ج ٤ ص ٣٦٩ - المغنى ج ٣ ص ٥٧١

أو من العملية التعاقدية ويكون ذلك أساسا لا بد منه لمرحلة الارتباط بين الطرفين كمظهر على للعقد .

ومن ناحية أخرى فإن هذه المرحلة التمهيدية أصبحت في المعاملات المعاصرة ضرورة وهي ما تسمى « بدراسات الجدوى للمشروع » أو مرحلة التفاوض لإبرام العقد فالتقود كأهم وسائل المعاملات لا تتم الا بعد أن يدرس كل طرف من أطراف العملية التعاقدية ما هو مقدم عليه من ارتباط ، وتقدير مصلحته تقديرا سليما يجنبه مغبة الارتباط بعقود غير رابحة أو لا تحقق مصلحته من التعاقد . ونظرا لأهمية هذه المرحلة وخطورتها والتي يجب أن تمر بها العملية التعاقدية وبخاصة في المعاملات الاقتصادية المعاصرة رأيت اضافتها لتعريف العقد اذ يجب أن يشتمل عليها التعريف لما ذكرنا من أسباب .

(ج) أنه من شروط الارتباط بين الايجاب والقبول وما يعنيه من الاتصال القائم بينهما وهو عند الجمهور^(١) ألا يكون الموجب قد عدل عن ايجابه أو أعرض عنه أو انتهى مجلسه وبقاؤهما على أهلية العقد خلافا للمالكية الذين ذهبوا الى أنه ليس للموجب حق العدول ما دام مجلس العقد قائما حتى لو رجع عنه لا يعتد برجوعه وكذلك اذا حدد له مدة محددة يلتزم بهذه المدة^(٢) . وعلى ذلك يشترط توافق الايجاب والقبول أى أن يكونا متوافقين بأن يردا على محل

(١) فتح القدير مع شرح العناية ج ٥ ص ٧٤ - الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٤ طبعة المطبعة الأميرية ببولاق سنة ١٣١٠ هـ طبعة أوفست دار المعرفة بيروت - البحر الرائق ج ٥ ص ١٨٣ ط دار المعرفة بيروت - مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص ٤ ط دار احياء التراث العربى بيروت - مواهب الجليل ج ٤ ص ٢٢٨ ط مطبعة السعادة مصر ١٣٢٩ هـ - الروضة ج ٣ ص ٣٣٩ للعالمى شرح اللمعة الدمشقية لمحمد جمال الدين الشهيد الثانى - كلية الآداب بالنجف - كشف القناع ج ٢ ص ٣ ط مكتبة نصر الحديثة بالرياض - الانصاف ج ٤ ص ٢٦٠ ط السنة المحمدية سنة ١٣٧٥ هـ .

(٢) مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ٢٤٠

واحد وأوصاف واحدة والا لم يتم التراضي ولا يتحقق العقد ولا يترتب على الإيجاب والقبول أثره • يقول الامام الكاساني :

« وأما الذي يرجع الى نفس العقد فهو أن يكون القبول موافقا للإيجاب بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع وبما أوجبه... فان خالفه كله أو بعضه لا ينعقد »^(١) الا أن تكون المخالفة لصالح الموجب وحاجة الزائد الى الرضا الموجب وان كان رضا ضمنيا^(٢) •

* * *

الفرع الثالث : العقد والتصرف والالتزام والالزام والوعد

١ - العقد والتصرف :

التصرف هو كل ما يستقل به الشخص لوجوده لكونه ملكه وحده جعل له الحق في أن ينفرد بإنشائه ولم يجعل لغيره الحق في منعه ، ولا أن يكون له دخل في وجوده كالطلاق ، أو هو كل ما يصدر عن الشخص بإرادته فيرتب عليه الشارع أثرا •

ويشمل أيضا ما لا يجوز أن يستقل به الشخص لكونه ليس ملكه وحده بل لا بد لوجوده من اشتراك التصرف مع غيره الذي يشاركه في التصرف المراد حصوله كأن يبيع داره لانسان^(٣) وهو نوعان : فعلى، وقولي^(٤) •

والفعلى : ما كان قوامه عملا لا قولاً كإحراز المباحات ، واستلام المبيع وقبض الدين •

(١) البدائع ج ٦ ص ٢٩٩ ط مطبعة الامام بالقاهرة •
(٢) الفتاوى الخانية ج ٢ ص ١٢٧ - حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ١٩
(٣) انظر على قراءة - أحكام العقود في الشريعة الإسلامية ص ٧
(٤) المجلة ١٦٦٠ - تنقيح الفتاوى الحامدية ج ٢ ص ٤٢٣

والقولى نوعان : عقدى ، وغير عقدى •
والعقدى : كالبيع والاجارة ، والشركة ... الخ • وغير العقدى :
يشتمل على نوعين هما :

(أ) نوع يتضمن ارادة صاحبه على انشاء حق ، أو انهائه
أو اسقاطه ، كالوقف والطلاق ، والاعتاق والابراء والتنازل عن حق
الشفعة •

(ب) نوع لا يتضمن ارادة منسبة على انشاء الحقوق أو اسقاطها ،
وان كانت أقوالا تترتب عليها نتائج معتبرة •
كالدعوى ، فانها طلب حق أمام القضاء ، والاقرار فانه اخبار المرء
بحق عليه لغيره ، والانكار والحلف على نفى دعوى الخصم • فانها
أخبار تترتب عليها أحكام قضائية • وهذا ما يسمى بالتصرف القولى
المحض •

والعبرة فى تميز التصرف القولى عن الفعلى انما هى بطبيعة التصرف
وصورته لا الأساس الذى بنى عليه • ولذا كان دفع الثمن وتسليم
المبيع تصرفا فعليا ولو أنه مبنى على عقد البيع ، وعلى ذلك فلا شبه
بين كل من التصرف الفعلى والتصرف القولى المحض وبين العقد •
أما التصرف القولى العقدى فانه يتفق مع العقد بالمعنى المشهور ،
الذى سبق بيانه ، أما التصرف القولى غير العقدى فلا يتفق أيضا
مع العقد بالمعنى المشهور ويكون العقد أخص من التصرف القولى غير
العقدى وان كان يتفق معه فى المعنى العام للعقد •

* * *

● التصرف فى القانون الوضعى :

يعرفه رجال القانون بأنه : اتجاه الارادة الى احداث أثر قانونى
معين يرتبه القانون • أو أنه ارادة محضة تتجه الى احداث أثر قانونى
معين لا يحظره القانون^(١) • وهو اما أن يقوم على اتفاق ارادتين فيكون

(١) د . عبد المنعم الصدة - مصادر الالتزام ص ٤٦ -

د. السنهورى - مصادر الحق ج ١ ص ٦٦

عقدا كالبيع والايجار ، أو يقوم على ارادة منفردة كالوصية والنزول عن حق ارتفاق أو رهن وقبول المنتفع لما اشترط في مصلحته واقرار تصرف الفضولى ومن ثم فهو قد ينشئ حقا شخصيا أو يكسب حقا عينيا أو هذا وذاك أو يرتب آثارا قانونية أخرى .

وعادة ما يقرن رجال القانون بين التصرف القانونى والواقعة القانونية كمصدرين رئيسيين للحقوق جميعا ، ويعرفون الواقعة القانونية بأنها عمل مادی اختياري أو اجباري يرتب عليه القانون أثرا قانونيا معيناً ، والعمل المادی الاختياري قد يكون مشروعاً وهو العمل المادی النافع ، أو الاثراء بلا سبب ، وقد يكون غير مشروع وهو العمل المادی الضار أو العمل غير المشروع ، أما العمل المادی غير الاختياري كالميلاد والموت^(١) .

وقد رتب الدكتور السنهورى مصادر الحقوق بوجه عام على أساس علمي فقال^(٢) :

ان المراد بمصدر الالتزام هو السبب المنشئ له ويرده - أى السبب - الى ما يسمى بالواقعة القانونية (Fait Jaridique) وهذه قد ترجع الى ارادة الانسان أو لا ترجع اليها كتلك التى تكون من عمل الطبيعة . والوقائع التى ترجع لارادة الانسان أكثرها أعمال مادية ومنها ما ليس أعمالاً مادية بل ارادية ، أى عمل ارادى محض يتجه الى احداث نتائج قانونية معينة وهى ما تسمى بالأعمال القانونية (Actes Juridique) والأعمال القانونية اما أن تكون صادرة من جانب واحد كالوصية والوقف والجمالة ، أو صادرة من جانبين وهذا هو العقد ، والقانون وراء كل ذلك يحدد الآثار القانونية التى تترتب على الوقائع والأعمال جميعاً .

(١) د . السنهورى - مصادر الحق ج ١ ص ٦٦ - د . عبد المنعم الصدة مرجع سابق .

(٢) الوسيط - مصادر الالتزام ص ١٤٢ وما بعدها .

وتقوم نظرية التصرف القانوني على مبدئين :
الأول : مبدأ سلطان الارادة ويتمثل فيما نص عليه القانون من
أن العقد شريعة المتعاقدين^(١) .

الثاني : نسبة الأثر الذي يترتب على التصرف .

ويعيب الدكتور السنهوري على الفقه الفرنسي أنه حتى الآن لم
يوفق الى وضع نظرية شاملة للتصرف القانوني والواقعة القانونية
ليرد اليها مصادر الحقوق جميعا وأن التقسيم الذي اتجه في مصادر
الالتزام وردها الى خمسة هي : « العقد ، وشبه العقد ، والجريمة ، وشبه
الجريمة ، والقانون » تقسيم معيب لما فيه من خلط بين التصرف القانوني
والواقعة القانونية بل يكاد يطمس فكرة التصرف القانوني والواقعة
القانونية بالفصل بين مصادر الحق الشخصي ومصادر الحق العيني ويجعله
القانون مصدرا مباشرا للالتزام فحال دون الكشف عن الواقعة القانونية
التي تختفي وراء القانون وهي التي ترتب عليها الالتزام . كل ذلك
جعل الفقه الفرنسي الحديث يقسم مصادر الالتزام تقسيما خماسيا آخر
هو : « العقد ، والارادة المنفردة ، والعمل غير المشروع ، والاثراء بلا
سبب ، والقانون » وهذا التقسيم بدوره معيب بعيين جوهرين هما :

١ - أنه يحجب وحده « التصرف القانوني » اذ يفرق بين العقد
والارادة المنفردة في مصادر الالتزام ، ثم ينكر على العقد أن يكون سببا
بذاته لنقل الملكية ويقصره على أنه - العقد - ينشئ التزاما بنقلها
وبذلك لا يعدو العقد أن يكون مصدرا للالتزام .

٢ - أنه يحجب وحده « الواقعة القانونية » التي ترد اليها
مصادر الالتزام ومصادر الحق العيني دون تمزيق لها على نحو ما هو
قائم في التفريق بين مصادر الالتزام (العمل غير المشروع والاثراء

(١) م ٢٢١/١ من قانون الموجبات والعقود اللبناني و ١/١٤٧ مدني
مصري و م ١١٣٤ مدني فرنسي .

بلا سبب والقانون) ومصادر الحق العيني (الاستيلاء والميراث
والالتصاق والشفعة والحيازة) •

ثم يحاول الدكتور السنهوري الربط بين الفقه الاسلامي وفقه
القانون الوضعي في رد مصادر الحقوق جميعا - شخصية وعينية - الى
مصدرين اثنين هما : التصرف القانوني ، والواقعة القانونية ، على أساس
أن الفقهاء المسلمين يميزون بين التصرفات القولية وأن هذه هي التصرفات
القانونية والتصرفات الفعلية وأن هذه هي الوقائع القانونية •

وهذه المحاولة من الأستاذ الدكتور السنهوري لا تعد سنداً لها
من أقوال الفقهاء وليس هذا هو المهم في تقديري ، ولكن الأهم من ذلك
هو الاطار والمنطلق في مسلك الفقه الاسلامي وفقهاء القانون الوضعي
أو ما يمكن تسميته بمنهج البحث عند الفقهاء المسلمين ، وطريقة
البحث عند فقهاء القانون الوضعي ، فالقانون هو الذي يحيط
بمصادر الحقوق وينص عليها ويرتب أحكامها ابتداء وانتهاء ، أما منهجية
البحث في الفقه الاسلامي فتستمد مشروعيتها أو شرعيتها من القرآن
والسنة ، فهناك التزامات أو واجبات شرعية كثيرة لا يمتد إليها أو تشمل
عليها نظرية الالتزام بمصادرها المختلفة في القانون ، وذلك مثل الزكاة
بمصارفها المختلفة والنفقات الواجبة ... الخ ، ومن ثم فليس هناك حاجة
عملية أو شرعية تدعو الى مثل هذا التصنيف الذي ذهب اليه الأستاذ
الدكتور السنهوري ورد مصادر الحقوق في الفقه الاسلامي الى ما يسمى
في فقه القانون بـ « التصرف القانوني » ، و « الواقعة القانونية » طالما
أن المصدر الأساسي لكل منهما مختلف بل متفاوت تماما ، فمصدر
الأحكام جميعها في الفقه الاسلامي هو القرآن والسنة وعلى هذا
الأساس تنعدم المقارنة ، ومن الأدلة على ذلك مثلا :

يقول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ
بِالْبَاطِل ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ (١) •

(١) النساء : ٢٩

فالأية الكريمة تدل على النهى عن أكل الأموال بالباطل ومن ذلك
الربا وهو أمر جائز فى القانون .

ويقول الله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ (١)
وفى آية أخرى : ﴿ وأوفوا بالعهد ، ان العهد كان مسئولا ﴾ (٢)

والوفاء بالعقود أو العهود انما بمعناها الشامل للارادة المنفردة
اذ يطلق الفقهاء « العقد » على الربط وهو متحقق من الانسان المتمتع
بالأهلية اذا صدر عنه كلام ملزم فقد ربط نفسه به ، ومن
حيث المسؤولية التى تقع عليه فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى ، فالقوة
الملزمة للعقد تستمد من أوامر الله تعالى ، وعلى ذلك فخلف الوعد حرام
بل صفة من صفات النفاق لما رواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما أن
النبي صلى الله عليه وسلم قال : « آية المنافق ثلاث : اذا حدث كذب ،
واذا وعد أخلف ، واذا ائتمن خان » (٣) .

وكذلك اليمين ملزمة والطلاق على غير المال ملزم ولا حاجة
فيهما الى وجود مقابل بالاتفاق (٤) .

وعلى هذا النحو فليس الفصل قاطعا وحادا بين العقد والارادة
المنفردة ، كما أن العقد فى الفقه الإسلامى ينقل بذاته الملكية ولا يقتصر
على ائشاء التزام بنقلها كما هو القانون ، ولهذا اتضح عدم وحدة
المنهج أو الطريقة المتبعة فى البحث الفقهى فى كل من الفقه الإسلامى

(٢) الاسراء : ٣٤

(١) المائدة : ١

(٣) صحيح البخارى مع الفتح - كتاب الايمان ج ١ ص ٨٩
ط المطبعة السلفية بالقاهرة ١٣٨٠ هـ - صحيح مسلم - كتاب الايمان
ج ١ ص ٧٨ ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ط عيسى الحلبى
١٣٧٤ هـ (١٩٥٥ م) .

(٤) فتح القدير مع شرح العناية على الهداية ج ٣ ص ٢٠ ط دار
صادر - الشرح الكبير مع الدرر السنية ج ٢ ص ٣٦١ ط الاستقامة
بالقاهرة - المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٩٦ ط مكتبة الرياض الحديثة
بالرياض - الاجماع لابن المنذر ص ٧٩ ط دار الدعوة .

وفقه القانون الوضعي ، وإذا كان ذلك كذلك فلا طائل من التغريب الذي ذهب الأستاذ الدكتور السنهوري رحمه الله •

٢ - العقد والالتزام :

الالتزام لغة : هو الزام الشخص نفسه ما ليس لازما له •
وعرفه الفقهاء : بأنه الزام الشخص نفسه شيئا من المعروف مطلقا أو معلقا على شيء^(١) ••• وهو تعهد شخصي لا يسئل عنه غير الملتزم فكان قاصرا عليه حال حياته وعلى ما يتركه بعد وفاته من أموال •

وقد أطلق البعض^(٢) الالتزام بمعنيين :
بمعنى خاص : فعرفه بأنه ايجاب الانسان شيئا من المعروف على نفسه مطلقا أو معلقا •

بمعنى عام : فعرفه بأنه ايجاب الانسان أمرا على نفسه باختياره واردة من تلقاء نفسه •

وعرفه البعض^(٣) بقوله : كون الشخص مكلفا بفعل أو امتناع عن فعل لمصلحة آخر ، وقد يكون عقديا أو غير عقدي كالغصب فهو سبب لالتزام الغاصب •

وعرفه البعض^(٤) : بأنه تعهد شخصي لا يسئل عنه غير الملتزم فكان قاصرا عليه حال حياته وعلى ما يتركه من أموال بعد وفاته اذا لم يؤثر فيه الموت بالسقوط •

وعرفه البعض^(٥) : بأنه ايجاب الشخص على نفسه أمرا جائزا شرعا •

(١) انظر فتح العلي المالك ص ١٨٠ - ٢٠٠

(٢) أحمد ابراهيم - الالتزامات ص ٢١

(٣) ج ١ ص ٣٦٦ مصطفى الزرقا - المدخل الفقهي العام

(٤) علي الخفيف - بحث في مجلة القانون والاقتصاد ص ٥١٥ - ٥١٦

(٥) د. عبد الناصر العطار - الأجل في الالتزام - رسالة ص ٤٤

وقد استعمل الفقهاء المسلمون لفظ الدين والمدين والطلب والغريم والواجب .. للتعبير عن الالتزام ، ويستعملون أحيانا لفظ الالتزام ، ويريدون به غالبا الحالات التي يلزم فيها الشخص نفسه بإرادته المنفردة ، ونادرا : الالتزامات التي تنشأ عن العقد ، أما الالتزامات التي تنشأ عن المسؤولية فتسمى بالضمانات^(١) .

والالتزام نوعان :

اختياري ، وهو ما كان بإرادة الانسان واختياره ، فيلزم نفسه ما لم يكن مطلوبا منه من قبل .

وقسري ، وهو ما كان نتيجة لالزام من له حق الالزام ، ولا دخل لإرادة الانسان فيه .

٣ - الالتزام والالزام :

الالزام يأتي من الغير ، والالتزام يأتي من الشخص نفسه وان كان الالتزام يتضمن معنى الالزام بذاته^(٢) .

خلاصة : نخلص الى أنه لما كان العقد بالمعنى المشهور لا بد فيه من اجتماع ارادتين على نحو ما سبق بيانه ، فانه يكون أخص من الالتزام .

● الالتزام في القانون :

عرفته المادة الأولى من تقنين الموجبات والعقود اللبناني :
« الموجب هو رابطة قانونية تجعل لشخص أو لعدة أشخاص حقيقيين أو معنويين صفة المديون تجاه شخص أو عدة أشخاص يوصفون بالدائنين » .

(١) السنهوري - مصادر الحق ج ١ ص ٦٤ دار الفكر .
(٢) د. جمال محمود - سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الاسلامي رسالة ص ١٨٥

وعرفته المادة (١٢١) من المشروع التمهيدي للقانون المدني
المصرى الحالى بأنه^(١) : « الالتزام حالة قانونية بمقتضاها يجب على
الشخص أن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل »
ثم حذف هذا التعريف فى المشروع النهائى •

ويعرفه كثير من فقهاء القانون فى مصر وفرنسا بأنه :

« الالتزام رابطة قانونية توجب على شخص معين أن ينقل حقا
عينيا أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل »^(٢) •

ويعرفه الدكتور عبد الرزاق السنهورى بقوله^(٣) :

« الالتزام حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق
عينى أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل » •

ولا شك عندنا أن تعريف الالتزام بأنه « حالة قانونية » أولى من
تعريفه بأنه « رابطة قانونية » فمن المسلم به لدى فقهاء القانون أن الالتزام
فى المرحلة التى وصل اليها فى الوقت الحاضر له ناحية مادية يعول فيها
على محل الالتزام أكثر من أشخاصه وبالتالى تصبح العبرة بقيمته
المالية ، فمحل الالتزام يتمثل فى أداء مالى أى يمكن تقويمه وتقديره
بالنقود وتكون العبرة فى كون الأداء ذا قيمة مالية لطبيعة الأداء والعادات

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٩ هامش •

(٢) د. عبد المنعم الصدة - مصادر الالتزام ص ٢٢ ، د. محمد
ليب شنب - موجز فى مصادر الالتزام ص ٥ ، حشمت أبو ستيت
- نظرية الالتزام فقرة ٢٥ ط ٢ ، عبد الحى حجازى
- النظرية العامة للالتزام ج ١ ص ٧٨ ، د. اسماعيل غانم - أحكام
الالتزام فقرة ٢١ ، بيدان ج ٨ ط ٢ فقرة ٢ ، جوسرانا ج ٢ ط ٣
فقرة ٢ ، بلانيو وريبير ، بولانجى ج ٢ ط ٢ فقرة ٢ وغيرهم مشار اليهم
فى د. عبد المنعم الصدة •

(٣) الوسيط - مصادر الالتزام ص ١٢٥ ، أيضا د. أحمد حسن
البرعى - نظرية الالتزام فى القانون المغربى ص ١٣

السائدة في المجتمع وقت نشوء الالتزام ، هذا بالنسبة للأداء الواجب على المدين ، أما المصلحة التي تعود على الدائن من جراء هذا الأداء لمحل الالتزام فلا يلزم فيها أن تكون ذا قيمة مالية بل يصح أن تكون مصلحة معنوية^(١) . وهذا يؤدي الى سرعة التعامل والاستجابة لمقتضيات الاقتصاد المعاصر ، فيمكن اجازة حوالة الحق وحوالة الدين ، كما يترتب عليه تصور وجود التزام دون وجود دائن وقت نشوئه اذ يكفي أن يكون قابلاً للتعين في المستقبل عند تنفيذ الالتزام^(٢) مثل حالات التزام المدين بإرادته المنفردة كما في الجعالة أو الوعد بجائزة رثمة في الاشتراط لمصلحة شخص لم يوجد بعد ، وكذلك بالنسبة للسند لحامله ، فمن يوقع هذا السند يلتزم لدائن غير معروف هو حامل السند.

* * *

● موازنة بين تعريف الالتزام وأنواعه في الفقه الاسلامي وفقه القانون الوضعي :

ان المتأمل في تعريفات الفقهاء التي وردت بشأن الالتزام يلمح التركيز على جانب المدين في الالتزام ومن ثم الاهتمام بأصل العلاقة في الالتزام وهي الملتزم ومحل الالتزام ، مما يبرز الجانب الموضوعي في المسألة وهو ما توصل اليه فقه القانون الوضعي بعد تطور طويل أصبح يستجيب للمتطلبات الحديثة في المعاملات .

كما أن مصادر الالتزام في الفقه الاسلامي تلتقي مع مصادره في القانون سواء أكانت هي في الارادة المنفردة أو العقد أو العمل الضار أو غيره مما يدخل تحت الضمانات في الفقه الاسلامي ، وكذلك الشريعة نفسها تعد مصدراً للالتزام فيما توجبه من النفقات مثلاً ، ويقابل هذا المصدر للالتزام القانون الوضعي ، ومن هنا يظهر الفارق الجوهرى بين

(١) انظر د. عبد الحى حجازى - النظرية العامة للالتزام ج ١

ص ٢٢ - ٢١ ، د. اسماعيل غانم ، مرجع سابق فقرة ١٤

(٢) د. عبد المنعم الصدة - مرجع سابق ص ٢٢

الشريعة كمصدر للالتزام والقانون كمصدر للالتزام وانبعث وبرز
الجانب العقدي حاشما بين الشريعة والقانون •

واذا كان القانون الوضعي قد حدد صور الالتزام في ثلاثة هي :

- ١ - اعطاء شيء •
- ٢ - القيام بعمل •
- ٣ - الامتناع عن عمل •

فان صور الالتزام في الفقه الاسلامي لا تقل عن أربعة هي^(١) :

- ١ - التزام بدين •
- ٢ - التزام بالعين •
- ٣ - التزام بعمل •
- ٤ - التزام بتوثيق •

٤ - العقد وأنواعه :

الوعد : هو اخبار الشخص عن انشاء المخبر معروفا في المستقبل^(٢)
أو هو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالاضافة الى المستقبل لا على
سبيل الالتزام في الحال^(٣) •

ويختلف العقد عن الوعد في أن الأول اذا وجد مستوفيا أركانه
وشروطه الشرعية ترتب عليه أثره في الحال ، ووجب على كل من المتعاقدين
الوفاء بالتزامه قبل الآخر بموجب العقد ، والا ألزمه القاضي الوفاء به •

(١) انظر مصادر الحق - د. السنهوري ج ١ ص ١٥
(٢) د. بدران أبو العينين - الشريعة الاسلامية تاريخها ونظرية الملكية
والعقد ص ٣٦٧ ، تحرير الكلام من مسائل الالتزام ج ١ من فتاوى
الشيخ عيش ص ٢٥٤ ، العيني على البخاري ج ١ ص ٢٥٦ ، فتح
العلي المالك لابن عرفة ج ١ ص ٢٥٤ ط مصطفى الحلبي •
(٣) د. السنهوري - مصادر الحق ج ١ ص ٥٥ وقد عرفت المادة
٢٥٤ من القانون المدني الاردني الوعد بأنه : « ما يفرض الشخص على نفسه
لغيره بالاضافة الى المستقبل لا على سبيل الالتزام في الحال وقد يقع
على عقد أو عمل - ويلزم الوعد صاحبه » •

أما الوعد فيتضمن انشاء التزام في المستقبل •

ولا خلاف بين العلماء على أن الوفاء بالوعد مستحب^(١) وإن كان الفقهاء قد اختلفوا في وجوب الوفاء بالوعد ، فيما إذا امتنع الواعد عن الوفاء به من غير مسوغ ، يجبره القاضي أم لا ؟ وذلك على النحو التالي:

١ - جمهور الفقهاء (٢) :

يرى أن الوفاء بالوعد غير واجب ولا يلزم الوفاء به قضاء ، ولا ينال الواعد اثم إذا وعد وهو يريد الوفاء ثم عرض له ما منعه من الوفاء ، أما إذا وعد وهو عازم على عدم الوفاء فهذه أمانة النفاق لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « آية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب ، وإذا وعد أخلف ، وإذا أؤتمن خان »^(٣) •

٢ - الحنفية :

يرون أن الوفاء بالوعد غير لازم إلا في حالة ما إذا صدر معلقا على شرط منعا للتغريب بالموعد له •

(١) فلو تركه فاته الفضل وارتركب المكروه الشديد - عبد القادر أحمد عطا - هذا حلال وهذا حرام ص ٢٧٢ - كما أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن خلف الوعد منهي عنه ، ذكره الشيخ عليش في فتاويه - المرجع السابق •

(٢) يراجع د. محمد شوكت - نظرية العقد - رسالة ص ٣ - ويرى الشافعية أن الوعد بالالتزام لا يلزم الوفاء به - انظر السراج الوهاج للشيخ محمد الزهري الفمراوى على متن المنهاج للنووى ص ٢٤٣ - طبعة دار المعرفة بيروت ، وروى الاسناد الى جمهور الفقهاء العيني على البخارى - كتاب الايمان - المرجع السابق ، ومسلم في كتاب الايمان ج ١ ص ٧٨ - المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٣٧٧

(٣) رواه البخارى في صحيحة مع الفتح - كتاب الايمان ج ١ ص ٨٩ ، ومسلم في صحيحة - كتاب الايمان ج ١ ص ٧٨

٣ - ابن شبرمة (١) :

يذهب الى أن الوعد كله لازم ، ويجبر الواعد على الوفاء به
قضاء .

٤ - المالكية :

اختلف المالكية في هذه المسألة على أربعة أقوال :
(أ) أن الواعد لا يلزمه الوفاء في جميع الأحوال ما لم يمت أو
يفلس وهذا موافق لرأى الجمهور وقد ضعفه الحطاب (٢) .
(ب) أن الواعد يجبر على الوفاء بوعده قضاء في جميع الأحوال أى
سواء أدخل الواعد الموعد في سبب أم لا ، وسواء دخل في السبب
بالفعل أم لم يدخل (٣) وهذا موافق لرأى ابن شبرمة . وقال الحطاب :
انه ضعيف جدا .

(ج) أنه يلزم الوفاء بالوعد اذا كان معلقا على سبب ، والا فلا ،
سواء دخل الموعد في السبب بالفعل أو لم يدخل .
(د) أنه ملزم بالوفاء بوعده اذا كان معلقا على سبب ودخل
الموعد في السبب بالفعل ، وهذا قول مالك وابن القاسم (٤) .

(١) يراجع المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٢٨ المسألة رقم ١١٢٥ -
انظر أيضا أعلام الموقعين ج ٣ ص ٤٠٢ وقد رجح هذا رأى ابن الشاط
في أدرار الشروق على أنواء الفروق المطبوع مع الفروق للقرافي ج ٤ ص
٢٤ - مرجع سابق .

(٢) يراجع فتاوى الشيخ عlish ج ١ ص ٢٥٦ - الفروق للقرافي
ج ٤ ص ٢٤ ، ط دار المعرفة - بيروت .

(٣) وبهذا قال صاحب تهذيب الفروق فقد جاء به : « الصحيح عندي
القول بلزوم الوفاء بالوعد مطلقا أى ولو لم يدخله (الموعد) فى سبب يلزم
بوعده أو لم يكن مقرونا بذكر السبب فيتعين تأويل ما يناقض ذلك ويجمع
بين الأدلة على خلاف الوجه الذى اختاره الشهاب والله تعالى أعلم » ج ٤
ص ٤٧ بهامش الفروق ط دار المعرفة - بيروت .

(٤) فتاوى الشيخ عlish ج ١ ص ٢٥٦ ، ٢٥٨ ، فتح العلى المالك
ج ١ ص ٢١٧ ، البهجة شرح التحفة ج ٢ ص ٢٥١ ، ٢٥٢ ، وقد جاء

والقول الأخير هو المشهور الراجح عند المالكية وتؤيده آيات القرآن وكذا السنة الآمرة بالوفاء بالوعد والعهد .

يقول الله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون . كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون ﴾ (١) .

ويقول الله تعالى : ﴿ واطفوا بالعهد ، ان العهد كان مستؤلا ﴾ (٢) .

في كتاب الفروق ج ٤ ص ٢٤ ، ٢٥ ط دار احياء الكتب العربية ما يلي :
« اعلم أن الفقهاء اختلفوا في الوعد هل يجب الوفاء به شرعا أم لا قال مالك : اذا سالك أن تهب له دينارا فقلت : نعم ، ثم بدا لك . لا يلزمك ، ولو كان افتراق الغرماء عن وعد واشهاد لأجله لزمك لابطالك مفرما بالتأخير (كذا) .

قال سحنون : الذي يلزم من الوعد قوله : أهدم دارك وأنا أسلفك ما تبني به ، أو أخرج إلى الحج وأنا أسلفك ، أو اشتري سلعة أو تزوج امرأة وأنا أسلفك ، لأنك ادخلته بوعدك في ذلك ، أما مجرد الوعد فلا يلزم الوفاء به بل الوفاء به من مكارم الأخلاق .

وقال أصبغ : يقضى عليه به تزوج الموعود أم لا ، وكذا : أسلفني لأشتري سلعة كذا ، لزمك ، تسبب في ذلك أم لا ، والذي لا يلزم من ذلك أن تعهده من غير ذكر سبب فيقول لك : أسلفني كذا فتقول : نعم . بذلك قضى عمر ابن عبد العزيز رحمه الله ، وإن وعدت غريمك بتأخير الدين لزمك لأنه إسقاط لازم للحق سواء قلت له : أوخرك أو آخرتك ، وإذا أسلفته فعليك تأخير مدة تصلح لذلك .

وحينئذ نقول : « وجه الجمع بين الأدلة المقدمة التي يقتضي بعضها الوفاء به وبعضها عدم الوفاء به أنه ان أدخله في سبب يلزم بوعده لزم كما قال مالك وابن القاسم وسحنون ، أو وعده مقرونا بذكر السبب ، كما قال أصبغ لتأكد العزم على الدفع حينئذ ويعمل عدم اللزوم على خلاف ذلك » .

انظر أيضا المدونة الكبرى ج ٣ ص ٢٦٤ ط دار الفكر - بيروت ، أيضا تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية للشيخ محمد بن علي ابن حسين بهامش الفروق - وادرار الشروق على أنوار الفروق ج ٤ ص ٤٣ وما بعدها طبعة دار المعرفة - بيروت .

(١) الصف : ٢ ، ٣ (٢) الاسراء : ٣٤

وحديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا ايمان لمن لا أمانة له ، ولا دين لمن لا عهد له » .

وقوله صلى الله عليه وسلم : « أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها : اذا حدث كذب ، واذا عاهد غدر ، واذا وعد أخلف ، واذا خاصم فجر » (١) .

مثال : اذا قال شخص لآخر : سأعطيك اذا نجحت في الامتحان مائة ريال ثم نجح ، فانه يجب الوفاء به قضاء عند ابن شبرمة وبناء على القول الثانى من أقوال المالكية . واذا قلت لشخص : أريد أن أذهب الى مكان كذا فأعزنى سيارتك ، فقال لك : نعم ، ثم بدا له أن يرجع فيما قال قبل . أن يدخل فى السبب (السفر) فان هذا الوعد يلزمه قضاء على القول الثانى والثالث ، أما ان دخلت فى السبب بالفعل بناء على هذا الوعد ، فانه يجب الوفاء قضاء على ما عدا القول الأول الموافق لرأى الجمهور .

هـ - ابن العربى (٢) :

يذهب الى أن الوعد يجب الوفاء به على كل حال الا لعذر .

ففى معنى قوله تعالى : « يا ايها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون » (٢) يقول : ان من التزم شيئا لزمه شرعا ، والملتزم على قسمين هما :

● الأول :

— نذر تقرب مبتدأ ، كقوله : « لله على صوم وصلاة وصدقة » فهذا يلزمه الوفاء به اجماعا .

(١) رواه البخارى فى صحيحه مع الفتح — كتاب الايمان ج ١ ص ٨٩
ومسلم فى صحيحه — كتاب الايمان ج ١ ص ٧٨

(٢) أحكام القرآن ج ٤ ص ١٧٩٩ وما بعدها .

(٣) الصف : ٢

— ونذر مباح ، وهو ما علق بشرط رغبة كقوله : « ان قدم غائبى فعلى صدقه » أو علق بشرط رهبة كقوله : « ان كفانى الله شر كذا فعلى صدقة » .

فاختلف العلماء فيه :

فقال مالك وأبو حنيفة : يلزمه الوفاء به .

وقال الشافعى فى أحد أقواله : انه لا يلزمه الوفاء به .

● الثانى :

ان كان المقول منه وعدا فلا يخلو أن يكون منوطا بسبب أو وعدا مجردا ، فان كان منوطا بسبب كقوله « ان اتبعت حاجة كذا أعطيتك كذا » فهذا لازم اجماعا من الفقهاء .

وان كان وعدا مجردا فقليل : يلزم بمطلقه ، وتعلقوا بسبب الآية ، فانه روى أنهم كانوا يقولون : لو تعلم أى الأعمال أفضل وأحب الى الله لعملناه ، فأئزّل الله عز وجل هذه الآية .

وقد روى مجاهد أن عبد الله بن رواحة لما سمعها قال : لا أزال حبيسا فى سبيل الله حتى أقتل .

وفى القرطبى : قال مالك : فأما العدة مثل أن يسأل الرجل الرجل أن يهب له الهبة ، فيقول له : نعم ، ثم ييدو له ألا يفعل ، فما أرى ذلك يلزمه .

والصحيح عند ابن العربى : أن الوعد يجب الوفاء به على كل حال الا لعذر . وذلك لعموم الآية لأنها بمطلقها تتضمن ذم من قال ما لا يفعله على أى وجه كان من مطلق أو مقيد بشرط .

وذهب جماعة منهم عمر بن عبد العزيز الى أن الوفاء بالوعد واجب اذا لم يكن جازما عند الوعد ، أما اذا جزم بالوفاء عند الوعد فلا بد من الوفاء ، والا فقد ارتكب حراما الا أن يتعذر الوفاء^(١) .

(١) انظر كتاب الشيخ عبد القادر أحمد عطا — هذا حلال وهذا حرام ص ٢٧٢ ، ٢٧٣ الطبعة الثانية دار التراث العربى .

وتقل عن الشافعى وأبو حنيفة والجمهور أنهم يرون أن الوفاء مستحب ، فلو تركه فاته الفضل وارتكب المكروه الشديد^(١) .

* * *

● رد الجمهور على المخالفين لهم :

يرى الجمهور أن ما استدل به غيرهم لا يدل على وجوب الوفاء بالوعد لأن قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴾ نزل في قوم كانوا يقولون : جاهدنا ، مع أنهم لم يجاهدوا ، وفعلنا أفواعا من الخيرات ، مع أنهم لم يفعلوا شيئا . ولا شك أن هذا محرم لأنه كذب ولأنه تسميع بطاعة الله تعالى وكلاهما محرم ومعصية اتفاقا^(٢) ، كما أن الآية جاءت على سبيل الوصف وليس فيها الدلالة على ايجاب الوفاء من قضاء^(٣) .

وأما الأحاديث فلأنها تدل على أن خلف الوعد من سجايا النفاق ومثل هذه السجية يحسن الذم بها^(٤) .

* * *

● مناقشة وترجيح :

ما ذهب اليه الجمهور في رده على أدلة المخالفين مردود من نواحي : فمن ناحية تفسيرهم للآية بسبب النزول وربطها به مردود بما هو مستقر وراجع عند علماء الأصول من أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب^(٥) .

(١) المرجع السابق .

(٢) الفروق للقرافى ج ٤ ص ٢٥ ، تهذيب الفروق بهامش الفروق ج ٤ ص ٤٦ ط دار المعرفة ببيروت .

(٣) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٢٨٠ .

(٤) الفروق - المرجع السابق .

(٥) المستصفى للفرالى ج ٢ ص ٦٠ ط المطبعة الاميرية بولاق مصر ١٣٢٢ هـ ، الأحكام للأمدى ج ٢ ص ٥٦ ط محمد على صبيح بالقاهرة ، تفسير التحرير ج ١ ص ٣١٩ لأمير بادشاه .

ومن ناحية أن الآية جاءت على سبيل الوصف فلا يستقيم مع مطلع الآية بالنداء وانتهائها بالملت .

ومن ناحية الأحاديث فإن حديث الرسول صلى الله عليه وسلم القائل : « أربع من كن فيه كان منافقا خالصا » دليل قاطع على ذم الفعل في ذاته وأنه هو الذى يجعل الشخص من المنافقين (٢) .

ويذهب البعض الى أن الراجح هو وجوب الوفاء بالوعد مطلقا فالظواهر المتضاربة قاضية بالخرج ولذلك فالراجح هو وجوب الوفاء بالوعد الجازم - أى اذا لم يكن معلقا على مشيئة الله أو نحو ذلك - وأن مخالفة الوعد محرم ما دام تنفيذ الوعد ميسورا وأنه لا يترتب عليه اثم (٢) .

فضلا عن أنه لا يوجد في هذا الدين من فصل بين القضاء والديانة ما دام القضاء يستطيع الحكم فيه والنفاز اليه (٣) .
والذى يترجح لدينا هو القول بأن الوعد ملزم ويجب الوفاء به قضاء وبخاصة اذا ترتب على خلفه وعدم الوفاء به ضرر بالموعد له اذ لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام .

كما أن القضاء فى الاسلام من أهم الوسائل لحماية الحقوق الشرعية من أن تضيع والالتزامات من أن تهدر ويأكل الناس أموالهم بينهم بالباطل، فالقضاء الاسلامى صيانة وحماية للحقوق وعوان على تنفيذ الالتزامات وهذا وذاك بما يقتضيه ويستلزمه من القوة الجبرية عند اللزم والاقتضاء ومن ثم لا يسوغ عندنا الفصل بين الواجب ديانة والواجب قضاء فى حقوق العباد ومعاملاتهم المالية والتجارية وبخاصة اذا ترتبت عليها أضرار مادية .

* * *

(١) انظر د. محيى الدين على القره داغى - مبدأ الرضا فى العقود ج ٢ ص ١٠٣٥ رسالة .

(٢) تهذيب الفروق بهامش الفروق ج ٤ ص ٤٦

(٣) د. محيى الدين على القره داغى - المرجع السابق ج ٣ ص ١٠٣٦

● الوعد في القانون الوضعي :

تنص المادة (١٠١) من القانون المدني المصري على أن :

— الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد الا اذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها .

— اذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد^(١) .

وعلى ضوء هذا النص نعرض ونناقش المسائل الآتية :

أولا - العقد والاتفاق :

تنص المادة (١٦٥) من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أن :
« الاتفاق هو كل التام بين مشيئة وأخرى لاتتاج مفاعيل قانونية، واذا كان يرمى الى انشاء علاقات الزامية سمي عقدا » .

ويتضح من هذا النص أنه يأخذ بالترقية بين الاتفاق والعقد متبعا ذلك رأى فريق من الفقهاء الفرنسيين في التفرقة بين الاتفاق (Convention) والعقد (Contract) اذ الأول أعم من الثاني والعقد أخص من الاتفاق ، وهذه التفرقة لا ثمره لها من الناحية العملية^(٢) فالقانون المدني الفرنسي يعرف العقد في المادة (١١٠١) منه :

« العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر باعطاء أو بعمل أو بالامتناع عن عمل شيء » .

(١) يقابل هذا النص ويتطابق معه مادة (١٠٢) سورى ، ومادة (١٠١) لىبى ، ومادة (٩١) عراقى و (٨٦) سودانى و (٩١٥) كويتى .
(٢) د. عبد المنعم الصدة - مصادر الالتزام ص ٥٧ ، د. السنهورى الوسيط - مصادر الالتزام ص ١٥٠ ، د. محمد لبيب شنب - موجز في مصادر الالتزام ، نظرية الالتزام في القانون المغربى ص ٢٤

فالعقد بمقتضى هذا النص اتفاق ينشئ التزاما فهو نوع (Espèce) والاتفاق جنس له (Genre) لكن هذا الملحظ على نص المادة (١١٠١) من الممكن ألا يؤخذ على أنه تفريق بين العقد والاتفاق بل من الممكن أيضا أن يؤخذ النص على أنه تطابق بين العقد والاتفاق ففي عبارة النص ما يدل على ذلك اذ سوت بين العقد والاتفاق اذ جاء مطلعها « العقد اتفاق » .

ولذلك يذهب أكثر فقهاء القانون الى أنه « لا فرق بين اللفظين وأنه لا أهمية ولا طائل من التمييز بين الاتفاق والعقد وأن الرأي الذى ذهب الى أن للتمييز بين العقد والاتفاق أهمية من حيث الأهلية اذ تختلف في العقد عنها في الاتفاق »^(١) . هذا الرأي منتقد فالأهلية المطلوبة تتوقف على طبيعة التصرف ومدى أهميته بصرف النظر عما اذا كان منشأ الالتزام أو فاقلا له أو غير ذلك ، فالأهلية تختلف باختلاف العقود ذاتها فهي في عقود التبرع مثلا غيرها في عقود المعاوضات ومع ذلك لم يقل أحد أن هناك فرقا بين الهبة والبيع والاجارة من حيث أن كلا منها عقدا لمجرد أن الأهلية في الهبة أهلية التبرع وفي البيع أهلية التصرف وفي الاجارة أهلية الارادة وكذلك البراء من الدين والوفاء فهما تصرفان ينهيان الالتزام ومع ذلك يختلفان من حيث الأهلية اللازمة لكل منهما ففي البراء تلزم أهلية التبرع وفي الوفاء يلزم أهلية التصرف^(٢) .

ثانيا - تعريف الوعد بالتعاقد وانواعه :

الوعد بالتعاقد (Promesse de Contrat) عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كل منهما نحو الآخر بأن يعقد العقد الموعود به متى أظهر الموعود له رغبته خلال المدة المتفق عليها فهو عقد كامل

(١) مطول بلانيول وريبير واسمان ج ٦ فقرة ١٣ ط الاولى .

(٢) د. عبد المنعم الصدة - مصادر الالتزام ص ٥٧ ، د. السنهورى

الوسيط - مصادر الالتزام ص ١٥٠

يتم بإيجاب من الواعد وقبول من الموعود له ولكنه يمهّد لعقد يراد إبرامه فيما بعد^(١) .

وعلى ذلك فالوعد بالتعاقد وسط بين الإيجاب والتعاقد النهائي فالوعد بالبيع مثلاً يلتزم بأن يبيع الشيء الموعود ببيعه إذا أبدى الطرف الآخر رغبته في الشراء ، وهذا أكثر من إيجاب إذ هو إيجاب اقترن به القبول فهو عقد كامل ولكن كلاً من الإيجاب والقبول لم ينصب إلا على مجرد الوعد بالبيع ولذلك يكون الوعد بالتعاقد مرحلة دون التعاقد النهائي^(٢) .

والوعد بالتعاقد يكون ملزماً لجانب واحد هو الواعد حيث لا يلتزم الموعود له بشيء وهذا هو الغالب فيه .

وقد يكون الوعد ملزماً للجانبين كأن يعد البائع بالبيع والمشتري بالشراء فيصبح كلا من الطرفين ملتزماً بالوعد الذي يقع على عاتقه بسقضي هذا الاتفاق .

ويذهب فريق من الفقه الفرنسي إلى أن الوعد بالتعاقد في جوهره لا يمكن أن يكون إلا عقد ملزم لجانب واحد أن ما يسمى وعداً ملزماً للجانبين بإبرام عقد هو هذا العقد ذاته^(٣) . وهذا هو ما أخذ به القانون المدني اللبناني حيث نص في المادة ٩٤٣/٢ فيما يتعلق بالوعد بالبيع على أن « من طبيعة هذا العقد أنه غير متبادل » .

على حين أن القانون المدني المصري في المادة (١٠١) يأخذ بأن

(١) د. عبد المنعم الصدة - مصادر الالتزام ص ١٤٩ ، د. السنهوري الوسيط - مصادر الالتزام ص ٢٦٧ ، ٢٦٨ ، أنور العمروسي - التعليق على نصوص القانون المدني ج ١ ص ٢٣٨ ط دار المطبوعات الجامعية سنة ١٩٨٣

(٢) د. السنهوري - المرجع السابق ص ٢٦٨

(٣) انظر د. عبد المنعم الصدة - المرجع السابق ص ١٥٠

الوعد قد يكون ملزماً لجانب واحد وقد يكون ملزماً للجانبين (الوعد المتقابل) وكذلك القانون المدني العراقي في المادة (٩١) (١) .

ثالثاً - شروط الوعد بالتعاقد :

يشترط لانعقاد الوعد بالتعاقد ما يأتي :

١ - يجب أن يتم الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه وهي أركان العقد الموعود به ، ففي البيع مثلاً يجب أن يتم الاتفاق على المبيع والثلث (٢) ، وفي الإجارة يجب أن يتم الاتفاق على الشيء المؤجر والأجرة والمدة ، وتختلف هذا الشرط يترتب عليه عدم انعقاد الوعد .

٢ - يجب أن تعين المدة التي يجب خلالها اظهار الرغبة في التعاقد وإبرام العقد الموعود به ، ويتم ذلك إما بطريقة صريحة حيث تحدد المدة أو بطريقة ضمنية إذا أمكن استخلاصها من ظروف الاتفاق وعناصره ، إذ المدة هنا تكون قابلة للتحديد ، كما إذا كان العقد الموعود به لا يجدي تنفيذه بعد فوات ميعاد معين .

وقد اعتبر القانون المدني المصري تعيين المدة شرطاً عاماً لانعقاد الوعد أيأ كان العقد الموعود به (٣) ، وعلى ذلك فإذا لم يشتمل الوعد

(١) د. حسن الذنون - القانون المدني العراقي ع ٣١ ، ٣٢

(٢) نقض مدني جلسة ١٩٤٦/٢/٢٨ - مجموعة عمر لسنة ٥ رقم ٤٢ ص ١١٣ ، د. مصطفى الزرقا - القانون المدني السوري ص ٥٨ ، ٥٩

(٣) نقض مدني جلسة ١٩٦١/١/٢٣ مجموعة المكتب الفني لسنة ١٥ ص ١١٥ ، أما القانون اللبناني فلم يوجب تحديد مدة الوعد إلا بالنسبة للوعد ببيع العقار (م ٢٢٠ من قانون الملكية العقارية) والا كان الوعد باطلاً أما في غير هذه الحالة فينعقد العقد ولو لم تحدد له مدة ولكن يجب على الموعود له اظهار رغبته في إبرام العقد الموعود به قبل سقوط حقه في ذلك بالتقادم بمضي عشر سنوات من تاريخ الوعد ، انظر د. البدرأوى - النظرية العامة للالتزامات ص ٢٥٤ ، رقم ١٧٧ ، د. توفيق حسن فرج - النظرية العامة للموجبات ص ١٠٤

على مدة وكان ملزما لجانب واحد وقع باطلا ولا ينعقد الوعد ، ولا يترتب عليه أثر ما بين الطرفين ، أما اذا كان الوعد ملزما للجانبين فانه لا يعتبر وعدا بل عقدا نهائيا يتقيد به الطرفان وتترتب عليه جميع آثاره من وقت الاتفاق لأن ارادة كل منهما تكون قد اتجهت حينئذ الى الارتباط بالعقد من هذا الوقت . اذا قبل الطرف الآخر (١) .

ويذهب الدكتور السنهورى - ونحن معه - الى عدم التفرقة بين الوعد الملزم لجانب واحد والملزم للجانبين في حالة عدم تعيين المدة التى يجب فى خلالها ابرام العقد الموعود به ومن ثم عدم انعقاد الوعد (٢) ، وهذا مما يستفاد من عبارته .

٣ - واذا كان القانون يتطلب شكلية معينة لقيام العقد الموعود به وجب أن تتوافر هذه الشكلية أيضا فى الوعد بهذا العقد وذلك كالهبة والرهن الرسمى والشركة .

وفى هذا الخصوص تنص المادة (٢/١٠٢) مدنى مصرى على ما يأتى : « اذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بابرام هذا العقد » .

ويذهب الدكتور السنهورى الى أن تخلف الشكل الذى يتطلبه القانون فى العقد الموعود به فى الوعد يترتب عليه بطلان الوعد بالتعاقد (٣) .

ويذهب فريق آخر من الفقهاء الى أنه اذا لم يستوف الوعد الشكلية المطلوبة قانونا فانه لا يكون وعدا مؤديا الى الغرض المقصود منه ومن ثم لا يمكن الحصول بمقتضاه على حكم يقوم مقام

(١) د. سليمان مرقس - نظرية العقد فقرة ١١٦

(٢) د. السنهورى - المرجع السابق ص ٢٦٩ ، ٢٧٠

(٣) د. السنهورى ، الوسيط ، مصادر الالتزام ص ٢٧٠

العقد الموعود به ولكنه مع ذلك يكون عقدا غير مسمى يرتب التزامات شخصية على عاتق الواعد ما لم يكن هناك نص يقضى بغير ذلك^(١) ، كما اذا كان هناك نص خاص يقضى بطلان الوعد اذا في هذه الحالة لا يترتب على الوعد أى أثر ، مثل ما نصت عليه المادة (٤٩٠) مدنى مصرى من أن : « الوعد بالهبة لا ينعقد الا اذا كانت بورقة رسمية » .

وهذا النص لم يرد ما يماثله بالنسبة الى عقد شكلى آخر غير الهبة ولعل هذا يشير الى مسلك القانون وغرضه من الشكلية ، فالشكلية فى الهبة الغرض منها حماية المتعاقد من التسرع وتنبيه الى خطورة تصرفه على حين أن الشكلية فى العقود الأخرى مطلوبة لتوفير دليل مؤكد ولحماية الغير من الغش وهذا لا يقتضى أن يجرد الوعد الرضائى بهذه العقود من كل أثر قانونى فيما بين المتعاقدين^(٢) .

٤ - شروط الصحة والانعقاد فى العقد الموعود به تراعى فى الوعد بالتعاقد (عقد الوعد ذاته) لما كان الوعد بالتعاقد خطوة نحو التعاقد النهائى بمجرد ظهور رغبة الموعود له فى الوعد الملزم لجانب واحد ، أو بمجرد حلول الميعاد فى الاتفاق الملزم للجانبين ، فان شروط العقد النهائى من حيث الانعقاد والصحة قد تكون مطلوبة فى عقد الوعد ذاته .

ويترتب على ذلك أن الوعد اذا كان ملزما للجانبين فان الأهلية المطلوبة لإبرام العقد النهائى فى كل من الطرفين تكون مطلوبة أيضا

(١) د. عبد المنعم الصدة - مصادر الالتزام ص ١٥٥ ، د. سليمان مرقس - نظرية العقد - فقرة ١١٣ ، انور سلطان - النظرية العامة فى الالتزام فقرة ١٠٠ ، د. حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام فقرة ٥١ ط ٢ ، د. عبد الجى حجازى - النظرية العامة للالتزام ج ٢ ص ١٢٧ (٢) انظر فى تفصيل هذه التفرقة : د. محمود أبو عافية - التصرف القانونى المجرد ، رسالة ، القاهرة سنة ١٩٤٦ فقرة ١٦

في الاتفاق الابتدائي ، أما اذا كان الوعد ملزما لجانب واحد فتقدر الأهلية بالنسبة الى الواعد وقت الوعد فيجب أن يكون أهلا للتعاقد النهائي في هذا الوقت حتى لو فقد الأهلية وقت التعاقد النهائي بأن حجر عليه مثلا بشرط عدم حصول تعديل في التزام الواعد بما وعد به وقت الوعد ، وعيوب الارادة بالنسبة للواعد تقدر وقت الوعد أيضا ، اذ أن التعاقد النهائي يتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له ، أما أهلية الموعود له فتقدر وقت التعاقد النهائي لأنه لا يلتزم بشيء وقت الوعد ويجب أن تتوافر فيه أهلية التعاقد - أي التمييز وقت الوعد - لأن الوعد عقد كامل ، أما عيوب الارادة بالنسبة للموعود له فتقدر بالنسبة له وقت الوعد ووقت التعاقد النهائي معا لقيامهما على الرضا ومن ثم يجب أن يكون رضاه صحيحا فيهما .

هـ - أما مشروعية المحل والسبب سواء أكان العقد ملزما لجانب واحد أو ملزما للجانبين يكفي توافرها وقت التعاقد النهائي^(١) .

رابعاً - الآثار التي تترتب على الوعد بالتعاقد :

١ - اذا انعقد الوعد صحيحا يلزم الواعد بأن يبرم العقد الموعود به متى أظهر الموعود له رغبته في ذلك خلال المدة المتفق عليها وألا يقوم بأي عمل من شأنه أن يحول دون إبرام العقد النهائي ، لكن لا يترتب عليه أي أثر من آثار العقد الموعود به ، فاذا كان العقد الموعود به بيعاً :

(أ) يظل الواعد مالكا للشيء المعين بالذات المراد بيعه ومن ثم اذا تصرف فيه قبل تمام العقد النهائي سري هذا التصرف في حق الموعود له ، ولا يخل هذا بحق الموعود له الذي أظهر رغبته في الشراء في التعويض من الواعد الذي أخل بوعدله .

(ب) اذا هلك الشيء المعين بالذات المراد بيعه قضاء وقدرت وقعت

(١) د. السنهوري ، الوسيط ، مصادر الالتزام ص ٢٧٢ ، ٢٧٣

تبعة هلاكه على الواعد للملكية له ولا يسئل عن التعويض في هذه الحالة .

٢ - قبل ظهور رغبة الموعود له في الوعد الملزم لجانب واحد أو حلول الميعاد في الوعد الملزم للجانبين لا يكسب الوعد الا حقوقا شخصية ، ولا يرتب في الحال ثمة التزامات ، حتى ولو كان التعاقد النهائي من شأنه أن ينقل حقا عينيا كما في البيع ، وعلى ذلك يستطيع الموعود له أن يتصرف في حقه الذي كسبه من الوعد قبل الواعد فينقله الى شخص آخر ، واذا مات الموعود له انتقل هذا الحق الى ورثته^(١) .

وانعقاد العقد بناء على اظهار رغبة الموعود له انما يتحدد بوقت اظهار هذه الرغبة وعلم الواعد بها لا من وقت الوعد ، ويجب على الواعد بذلك تنفيذ التعاقد النهائي ويتم بنفس شروط التعاقد الأول ما لم يتفق على غير ذلك^(٢) .

٣ - تنص المادة (١٠٢) مدنى مصرى على أنه :

« اذا وعد شخص بابرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم متى حاز قوة الشئ المقضى به مقام العقد»^(٣) .

ومؤدى ذلك أنه اذا نازع الواعد في صحة العقد النهائي أو امتنع عن تنفيذه كان للموعود له أن يستصدر حكما يقوم مقام العقد .

(١) د. عبد المنعم الصدة - مرجع سابق ص ١٥٨ ، د. السنهورى مرجع سابق ص ٢٧٣

(٢) د. عبد الناصر العطار ، نظرية الالتزام ص ٨٣ وما بعدها ، د. محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ص ١٤١ .

(٣) يقابل هذا النص المادة (١٠٢) لىبى ، ومادة (١٠) سورى - ومادة (٨٧) سودانى .

فاذا كان العقد الموعود به يباع لعقار فانه بتسجيل هذا الحكم تنتقل ملكية العقار الى الموعود له ويستثنى من هذه القاعدة العقد الشكلى اذا لم يكن الوعد به قد استوفى الشكل المطلوب فلا يقوم الحكم به مقام العقد بل يقتصر القاضى على الحكم بالتعويض ، أما اذا كان محل العقد الموعود به شيئاً معيناً بالذات وأخل الواعد بوعده ، كأن تصرف فى الشيء فلا يبقى أمام الموعود له فى هذه الحالة سوى الرجوع على الواعد بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية^(١) .

٤ - عقد الوعد سواء أكان غير تبادلى^(٢) أى لا تترتب عليه التزامات الا فى جانب واحد هو الواعد ، أو تبادلياً أى متبادلاً بأن يكون كل من طرفيه واعداً وموعوداً له فى الوقت ذاته ، يترتب عليه - عقد الوعد - أنه اذا لم يظهر الموعود له رغبته فى التعاقد النهائى أو مضت المدة المحددة لظهور الرغبة وإبرام العقد النهائى فإن الوعد بالتعاقد يسقط من تلقاء نفسه بلا تنبيه أو اذار ، ويعتبر كأن لم يكن^(٣) .

وعلى هذا النحو فإن لزوم الوعد بالتعاقد - أو بعبارة أدق لزوم عقد الوعد - لا يظهر أثره أو القوة الملزمة لهذا اللزوم الا فى حالة واحدة وهى : اذا كان العقد الموعود به يبيع عقار اذ يقوم الحكم الصادر بإجبار الواعد على تنفيذ الموعود به مقام العقد فى هذه الحالة .

(١) د. عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق ص ١٥٥ ، د. محمد لبيب شنب - مرجع سابق ص ١٤٠

(٢) وقد نص على ذلك صراحة قانون الموجبات اللبنيانى فى (م ٢/٤٩٣) اذ تنص على أنه « من طبيعة هذا العقد أنه غير متبادل » ويذهب بعض الشراح الى أن القانون عبر عن الحالة الغالبة فى الوعد ولا ينبغى إمكان قيام وعد متبادل ، أنظر توفيق حسن فرج المرجع السابق ص ١٠٢ ف ١

(٣) نقض مدنى مصرى جلسة ١٩٥٤/٥/٦ ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٥ ص ٨٣٤ ، د. محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ص ١٣٦

أما ما عدا ذلك من آثار لعقد الوعد ، فلا تحتاج الى القول باللزم في نظرنا اذ لا اجبار قضاء على الواعد بتنفيذ الموعد به ، وما يرتبه النكول عن تنفيذ الموعد به من الحق في التعويض للضرر الذى حاق بالموعد له من جراء ذلك النكول فتكفله القواعد العامة في تعويض الضرر أما ما قد يتصور من أنه اذا لم يكن الوعد ملزما فان انواعه يكون في مأمن من ثمة تبعة أو مسئولية اذ استعمل ارادته الحرة في عدم تنفيذ ما وعد به فانه مردود بأن أساس المسئولية هنا هو الضرر ، فلو لم يحصل ضرر حتى ولو كان الوعد ملزما فسوف لا يتحمل الواعد الذى نكل بوعدته أية تعويضات •

* * *

● موازنة بين الوعد في الفقه الاسلامي وفقه القانون الوضعي :

على ضوء ما خلصنا اليه تعقيا على فقه القانون الوضعي في مسألة الوعد بالتعاقد يبدو لنا أهمية ما ذهب اليه جمهور الفقهاء في الفقه الاسلامي فيما يأتي :

١ - أن الغالب في الوعد أنه من طرف لصالح طرف آخر وهو ما دل عليه تعريف الفقهاء للوعد بأنه اخبار الشخص عن انشاء معروف في المستقبل أو هو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالاضافة الى المستقبل لا على سبيل الالتزام في الحال •

وان كان ذلك لا يمنع حصول الوعد من طرفين بأن يعد كل منهما الآخر وهذا ما جعلنا نطلق عليه لفظ « العقد بالمعنى العام » بقصد ابرام عقد آخر في المستقبل ، وهو ما يسميه فقهاء القانون « الوعد بالتعاقد بناء على عقد الوعد » •

٢ - أنه اذا كان لا خلاف بين الفقهاء في الفقه الاسلامي على أن الوفاء بالوعد مستحب فان هذا أثر من آثار الصبغة الدينية للمعاملات بين الناس في الفقه الاسلامي •

٣ - أن الناظر في أقوال فقهاء المذاهب الفقهية في الوعد يلمح أن نطاقه أكثر اتساعاً وأوسع شمولاً منه في فقه القانون الوضعي ، فقد يقع الوعد على عقد أو على عمل ، والأخير قد يكون نذر تقرب مبتدأ كقوله : « لله على صوم وصلاة وصدقة » فهذا يلزمه الوفاء به اجماعاً ، وهذا القسم من الوعد لا تعرفه القوانين الوضعية ، وقد يكون نذر مباح وهو ما علق بشرط رغبة ، كقوله : « ان قدم غائبى فعلى صدقة » ، أو علق بشرط وهبه ، كقوله : « ان كفائى الله شر كذا فعلى صدقة » ، وقد اختلف العلماء في لزوم النذر المباح بنوعيه (الرغبة والرغبة) •

وقد يكون الوعد منوطاً بسبب أو وعداً مجرداً ، والأول لازم اجماعاً كما حكاه ابن العربى في أحكام القرآن ، أما الثانى ففى لزومه وعدم لزومه اختلف العلماء •

٤ - أن اتساع دائرة الوعد فى الفقه الإسلامى يجعل لزوم الوفاء به قضاء أكثر قوة وفاعلية منه فى القانون الوضعى اذ يتصور تدخل القضاء بالزام الشخص ما أوجبه على نفسه من التصرفات القولية (العقود) ، والفعلية (التزام بعمل) •

الفصل الأول

تكوين العقد

المبحث الأول

أركان العقد وشروطه^(١)

● تمهيد :

معنى الركن : الركن في اللغة يعنى جانب الشيء الأقوى •

معنى الركن في اصطلاح الأصوليين : هو ما يكون به قوام الشيء ووجوده بحيث يعد جزءا داخلا في ماهيته •

أما الشرط في اللغة : فهو العلامة الدالة المميزة ، ومنه قيل :
أشراط الساعة • ومنه أطلق « الشرط » لغة على ما يشترطه الانسان
في عقود والتزاماته على نفسه أو غيره •

(١) يذهب البعض الى ذكر أركان العقد ضمن مقومات العقد في الوقت الذي يذكر فيه أن مقومات العقد هي : العاقدان ، ومحل العقد ، وموضوع العقد ، ويضيف اليها : أركان العقد . ثم يعود فيذكر العاقدان ، ومحل العقد ضمن أركان العقد ، ويعبر عن موضوع العقد بأن المراد به غاية العقد النوعية ، أى القصد الاصلى الذى شرع العقد لأجله ، فالموضوع فى كل عقد بيع انما هو نقل ملكية المبيع الى المشتري بعوض ، وفى كل هبة انما هو تملك العين الموهوبة مجانا بلا عوض ، وفى عقد الاجارة ، انما هو تملك منافع المأجور بعوض وهكذا . هذا فى الوقت الذى يعتبر فيه ذلك ليس الا اثر العقد الداخلى فى ماهيته على نحو ما سبق تعريف العقد به من أنه : « . . . ارتباط الايجاب بالقبول . . . على نحو يثبت اثره فى العقود عليه . . . » .

وتأسيسا على ذلك ، فاذا كان العاقدان ومحل العقد يدخلان ضمن أركان العقد طبقا لراى الجمهور . وكان موضوع العقد يدخل ضمن آثار العقد فسنحدث مباشرة عن أركان العقد وعن آثاره دون حاجة الى استعمال اصطلاح « مقومات العقد » منعا من التداخل بين المصطلحات ومضمونها بدون فائدة عملية .

وفي اصطلاح الفقهاء والأصوليين : هو ما استلزم من عدمه العدم ولا يستلزم من وجوده وجود الشروط ، ولا يدخل في ماهية الشيء وإنما هو خارج عن الماهية .

والشروط بصفة عامة إنما هي مكملات للأمور المشروطة لها في نظر الشارع كتكميل الصفة للموصوف ، بحيث أن عدمها يخل بالمقاصد الشرعية من الأحكام^(١) .

ويختلف الحنفية مع جمهور الفقهاء في الأثر المترتب على تخلف الركن أو الشرط في المعاملات :

فيرى الحنفية : أن ما فقد ركنه يكون باطلا ولا يفيد شيئا ، أما ما فقد شرطه فيكون فاسدا ولا يفيد الملك إلا بالقبض ، وإن كان ملكا خبيثا لأنه مترتب على عقد يجب فسخه رفعا للفساد .

ويرى الجمهور : أن أثر ما فقد ركنه أو شرطه سواء وهو البطلان لأنها تكون معاملة فقدت ما لا يمكن وجودها بدونه سواء أكان جزءا منها أو خارجا عنها . وقد ترتب على هذا الخلاف اختلافهم في أركان العقد .

فاعتبرها الحنفية ، الإيجاب والقبول (الصيغة) فقط ، أما العاقدان والمعقود عليه فهي شروط في الصيغة لا أركان في العقد ، واعتبرها جمهور الفقهاء ثلاثة - هي :

١ - العاقدان . ٢ - الصيغة .

٣ - المعقود عليه^(٢) .

(١) الموافقات للشاطبي ج ١ ص ٢٦٢ - ٢٦٤

(٢) راجع الخرشي ج ٣ ص ٣٥٩ ، نهاية المحتاج على شرح

ج ٣ ص ٢ ، كشف القناع ج ٢ ص ٢ . المجموع للنووي ج ٩ ص ١٤٩ ،
الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٢ ، أيضا فتح العزيز شرح الوجيز
ج ٨ ص ٩٨ ، حاشية الرملی على شرح روض الطالب ج ٢ ص ٢ ،
الحطاب في مواهب الجليل شرح مختصر خليل ج ٤ ص ٢٢٨ ، وفي رأى
الحنفية ، انظر أيضا فتح القدير ج ٥ ص ٧٤

ومما تجدر الإشارة اليه أن هذا الخلاف لا يثور اذا ما أريد بالعقد ما يوجد بإرادة واحدة ، اذ يكون الركن فيه عندئذ هو العبارة الصادرة ممن يملك اثناء العقد .

ولما كان مذهب الجمهور في بيان أركان العقد هو المشهور وأقرب الى تحقيق النزعة الموضوعية في العقود ، فاقنا سنتناول بالبحث أركانه على نحو ما ذهب اليه الجمهور وان كانت بعض الأقضية في المعاملات تظهر فائدة مذهب الحنفية كما أن مذهبهم يوسع من دائرة العقود في المعاملات .

وعلى ذلك تكون أركان العقد ثلاثة هي :

- ١ - الصيغة وما يتعلق بها .
- ٢ - العاقدان وما يتعلق بهما .
- ٣ - العقود عليه وما يتعلق به .

* * *

● أركان العقد في القانون الوضعي :

لما كان العقد يقوم على الارادة فانها تكون ركن العقد ، ومن هنا كان تعريف العقد بأنه : توافق ارادتين (التراضي) ، ويجب أن تتجه هذه الارادة الى غاية مشروعة ، وهذا هو السبب .

وقد تفرقت كلمة الفقهاء حول ماهية المحل والسبب ، فمنهم من يعتبرهما ركنين في الالتزام^(١) المتولد من العقد والناشئ عنه ، أما محل الالتزام غير التعاقدى فالقانون هو الذى يتولى تحديده وتعيينه ومن ثم فليس ثمة احتمال أن يكون غير مستوف للشروط ، ومنهم من

(١) د. حشمت أبو ستيت - المرجع السابق فقرة ٧٢ ، انور سلطان فقرة ٣٧ المرجع السابق .

يعتبر المحل ركناً في الالتزام والسبب ركناً في العقد^(١) ، ومنهم من يعتبرهما من عناصر الإرادة^(٢) .

ونعتقد أن هذا الاختلاف يرجع إلى المسلك القانوني في النظريات التي يقوم عليها ، فهناك نظرية الالتزام ونظرية التصرف ونظرية العقد ، وهذه النظريات يؤثر بعضها في بعض بل يقوم بعضها على بعض ، ولكننا نعتقد أن اشتراكها في موضوع معين لا يجب أن يؤدي إلى الخلط بينها أو دمج لبعضها في بعض ، فإذا كان المطلوب تبيان أركان العقد ، أي عقده العقد ومن ثم تحرك ارادتين متوافقتين متطابقتين نحو أحداث أثر قانوني معين فيجب أن ينحصر البحث في الأركان التي تقوم عليها هذه العملية في مراحلها الأساسية ، وعلى هذا النحو نرجح الاتجاه القائم على أن أركان عقده العقد هي التراضي ومحله وسببه .

ويضيف إليها فقهاء القانون ركن الشكلية في العقود الشكلية وكذلك التسليم في العقود العينية وما يترتب على مخالفة هذه الأركان من جزاء وهو البطلان .

وسوف نتحدث عن كل ركن من هذه الأركان بعد الحديث عنه في الفقه الإسلامي بقصد الموازنة والترجيح إن شاء الله .

* * *

(١) د. السنهوري - الوسيط - مصادر الالتزام - فقرة ٦٨ ، سليمان مرقس - المرجع السابق فقرة ١٣٢ ، ١٥٧ إذ يعتبر المحل ركناً في الالتزام والسبب ركناً في إرادة الالتزام .

(٢) د. عبد الحى حجازي ج ١ ص ٩٦ ، ٩٧ ، ١٢٦ وما بعدها ، الدكتور عبد المنعم الصدة المرجع السابق فقرة ٦١ ولم تذهب غالبية الشراح إلى اعتبار المحل والسبب ركنان في العقد كما ذكر الدكتور أحمد البرعى - المرجع السابق ص ٥١ ، بهجت بدوي - أصول الالتزامات فقرة ٤٤ ، ٤٧

المطلب الأول

صيغة العقد

(التعبير عن الرضا وطرقه)

الفرع الأول : فى الفقه الاسلامى

اهتم الفقهاء اهتماما شديدا بصيغة العقد وأولوها عناية كبيرة .
ولما كان الأصل فى العقود الرضا ، الا أنه أمر باطنى ، ومن ثم جعل
الايجاب والقبول دليلا عليه .

ومن الايجاب والقبول تتكون صيغة العقد .

ويراد بالصيغة ما يتحقق به العقد ويوجد بما يدل على ذلك من
لفظ أو إشارة أو كتابة أو فعل أو غيرها من وسائل التعبير اللفظية
وغير اللفظية ، مما سنتناوله بالتفصيل فيما يلى :

أولا - الايجاب والقبول

الايجاب لغة : الاثبات .

والقبول لغة : مصدر من قبلت العقد قبله .

أما معنى الايجاب والقبول فى اصطلاح الفقهاء : فقد اختلفوا فيه
على مذهبين هما :

(١) مذهب الحنفية :

يرون أن الايجاب هو ما صدر أولا من أحد العاقلين ، والقبول
هو ما صدر ثانيا من المتعاقد الثانى لأنه يقع قبولا ورقضا معا
أثبتته الأول^(١) .

(١) يراجع : فتح القدير ج ٥ ص ٧٤ ، وج ٢ ص ٣٤

وعلى ذلك فالعبرة في تميز الايجاب عن القبول هو الصدور أولا
وعدمه •

(ب) مذهب الجمهور :

أما غير الحنفية فيرون أن الايجاب هو ما صدر ممن يكون منه
التملك سواء صدر أولا أو صدر ثانيا ، أما القبول فهو ما صدر ممن
يصير اليه الملك دالا على رضاه بما أوجبه الطرف الآخر وان صدر
أولا •

وبعبارة أخرى ، فإن الايجاب هو ما صدر من المملك سواء صدر
أولا كأن يقول البائع : بعتك هذا الشيء بكذا ، أو صدر ثانيا كأن يتدّىء
المشتري فيقول : اشتريت هذا الشيء بكذا ، فيقول البائع : بعتك لك أو
قبلت •

والقبول : هو ما صدر من المملك^(١) •

ويرى كثير من الفقهاء ترجيح رأى الحنفية لدقته ، وسهولته في
التمييز بين الايجاب والقبول ، وأن هذا التيسر أولى بالاتباع في معاملات
الناس^(٢) •

* * *

● التراضى في القانون وفقهه :

إذا كان مبنى الايجاب والقبول في الفقه الاسلامى هو التراضى
فقد استعمل فقهاء القانون التراضى وعبروا به عما يقوم عليه العقد من

(١) راجع : كشاف القناع ج ٢ ص ٣ ، الدسوقي على الشرح الكبير
ج ٣ ص ٣ ، المجموع للنووى ج ٩ ص ١٦٥ ، الخرشي ج ١٣ ص ٣٦٢ ،
نهاية المحتاج ج ٣ ص ٢ ، المفنى والشرح الكبير لابن قدامة ج ٤ ص ٣
(٢) د. محمد شوكت - نظرية العقد - رسالة ص ٩ ، ونظرية العقد
- محمد شعبان حسين ص ١٦ ، وبدران أبو العينين - الشريعة الاسلامية
ص ٣٦٩ ، ٣٧٠

ارادتين متوافقتين متطابقتين وفي هذا الصدد تنص المادة (٨٩) مدنى مصرى ^(١) على ما يأتى :

« يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » .
ولما كانت الارادة أمرا نفسيا داخليا فقد استخدم القانون وفقهه مصطلح « التعبير عن الارادة » للدلالة على الايجاب والقبول وهو ما أطلق عليه فى الفقه الاسلامى « صيغة العقد » فكان أكثر موضوعية ودلالة على الاهتمام بالمظهر الخارجى للتراضى فى شكل العبارة أو الصيغة التى تمثلت فيها ارادة الطرفين .

ولعل الاختلاف فى موقف فقه القانون عن الفقه الاسلامى يرجع الى أن القانون المدنى المصرى ^(٢) يجعل الارادة الباطنة هى الأصل ولا يأخذ بالارادة الظاهرة الا حيث يقتضى استقرار التعامل ذلك .

* * *

ثانيا - شروط الأيجاب والقبول

سبق أن قلنا فى تعريف العقد أن ارتباط الايجاب بالقبول يترتب عليه وجود العقد ، ولكن لكى يتم ذلك لا بد من تحقق شروط فى الايجاب والقبول وبدونها لا تترتب عليه آثاره .

وهذه الشروط منها ما هو متفق عليه وبعضها اختلف فى اشتراطه العلماء ، وذلك على التفصيل التالى :

(١) يقابل هذا النص مادة ٩٢ سورى ومادة ٨٩ لىبى ومادة ٧٣ عراقى ومادة ١٦٥ ، ١٧٨ لبنانى .

(٢) وقد سار على نهجه القانون المدنى السورى والقانون اللبنانى ، وان كان القانون المصرى يأخذ بقدر من الارادة الظاهرة يزيد بكثير عما أخذ به القانون اللبنانى .

الشرط الأول - أن يكون الإيجاب والقبول بلفظ الخبر (صيغة الماضي):
صيغة الماضي تتمخض للدلالة على انشاء العقد لأنها وضعت
للاخبار عن الماضي واستعملت في الجزم وتحقيق الوجود عند أكثر
الفقهاء . فلا يصلح الانشاء لايجاد العقد وتكوينه ، وذلك كلفظ الأمر
والاستفهام والتمنى والترجى .

(١) صيغة الأمر :

فلو قال شخص لآخر : بعنى هذا الشيء بكذا ، فقال : بعثك .
لا ينعقد ما لم يصدر من الطرف الأول ما يدل على القبول : كاشتريت أو
قبلت ونحو ذلك ، وعلى هذا أكثر فقهاء الحنفية وعللوا ذلك بما يلى :
ان العقد انشاء تصرف يفيد حكما يثبت جبرا ، والانشاء على هذا
الوجه لا يعرف الا بالشرع اذ استعمل الألفاظ الموضوعات للاخبار
فلا ينعقد العقد الا بها .

وعلى ذلك فلا يصح الإيجاب بلفظ الأمر حتى ولو نوى ، اذ النية
لا تعمل الا فيما يحتمله اللفظ ، وهو لا يحتمل الاخبار بحال ، فلا يعدو
الأمر أن يكون مساومة وهى لا تدل على الرضا المشروط تحققه في
أكثر العقود .

الا أن الحنفية قد أجازوا البيع بلفظ « خذ » مع أنه أمر ، لأن
الأمر بالأخذ يستدعى سابقة البيع فكان كالماضى ، الا أن استدعاء
الماضى سبق البيع بحسب الوضع ، واستدعاء « خذ » سبق البيع
بطريق الاقتضاء (١) .

ويستثنى الحنفية بعض العقود من عدم صلاحية صيغة الأمر أو لفظ
الأمر في تكوين العقود فيجيزون انشائها بلفظ الأمر وهى :

● النكاح :

وعللوا ذلك بأمرين هما :

الأول : ان صيغة الأمر توكيل ، فاذا قال : زوجنى ، وقال الآخر :

(١) يراجع : د. محمد شوكت - المرجع السابق ص ١٠ ، انظر
المادة ١٧٢ من مجلة الأحكام العدلية « لا ينعقد البيع بصيغة الأمر : كبع
واشتر » .

زوجتك • تم العقد لأن قول الخاطب « زوجني » توكيل منه للولي في تزويجه ، وعبارة الولي : « زوجتك » تتضمن : عبارة الخاطب الموكل ، وعبارة الولي من حيث كونه وليا ، ومن الممكن أن يتولى الواحد طرفي العقد في النكاح خلافا لغيره من العقود ويتضح لنا أن العقد في هذه الحالة لا ينعقد بلفظ الأمر ، وإنما كان بطريق التوكيل فلم يكن مستثنى من القاعدة •

الثاني : أن هناك قرينة تدل على إرادة انعقاد العقد في الحال ، وانتفاء معنى المساومة لأن مجلس العقد يسبقه عادة اتفاق على كل ما يتصل به ويدل على ذلك قول الكمال :
« واعلم أن عدم الانعقاد بالمستقبل هو إذا لم يتصادقا على نية الحال ، فإذا ما تصادقا على نية البيع في الحال حيث يعقد به القضاء لأن صيغة الاستقبال تحتل الحال » (١) •

- الهبة •
- الخلع •
- العتق على مال •
- الإبراء من الدين •
- الكفالة (٢) •

أما جمهور الفقهاء : فقد جوزوا انعقاد العقد بلفظ الأمر إيجابا وقبولا مثل : اشتر مني هذا الشيء بكذا ، أو بعنيه بكذا (٣) ، فقال : قبلت • تم العقد ، ورأى الجمهور في نظرنا يحقق الصالح ويجلب التيسير ويدفع الحرج في معاملات الناس وعقودهم إذ المعول عليه عرف الناس وعاداتهم ما دام ذلك لم يصادم نصا شرعيا ، أو قاعدة من قواعد التشريع ، وليس هناك دليل على منع الفقهاء العقد بلفظ الأمر (٤) •

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٧٦

(٢) البحر الرائق ج ٥ ص ٢٨٦

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٣ ، كشف القناع ج ٢

ص ٣ ، نهاية المحتاج شرح المنهاج ج ٣ ص ٦ ، المجموع للنووي ج ٩ ص ١٦٨

(٤) من هذا الرأي : د. محمد شوكت - نظرية العقد ص ١١ •

د. محمد شعبان حسين ، نظرية العقد ص ١٩

(ب) صيغة المضارع :

مثل : أبيعك هذا الشيء بكذا ، وصيغة المضارع تحتل الحال والاستقبال ، وقد وقع فيها خلاف الفقهاء على النحو التالي :

الحنفية : يقول الكمال في كتاب البيع : « واعلم أن عدم الانعقاد بالمستقبل هو إذا لم يتصادقا على نية الحال ، أما إذا تصادقا على نية البيع في الحال فينعقد به في القضاء لأن صيغة الاستقبال تحتل الحال فيثبت بالنية » (١) .

ويقول صاحب البدائع : « وأما صيغة الحال هي أن يقول البائع للمشتري : أبيع منك هذا الشيء بكذا ونوى الإيجاب فقال المشتري : اشتريت ، أو قال المشتري : أشتري منك هذا الشيء بكذا ، ونوى الإيجاب أو قال البائع : أبيعك لك بكذا ، وقال المشتري : أشتريه ، ونوى الإيجاب يتم الركن وينعقد ، وإنما اعتبرنا النية هنا وإن كانت صيغة أفعل للحال هو الصحيح لأنه غلب استعمالها للاستقبال أما حقيقة أو مجازا ، فوقعت الحاجة إلى التعيين بالنية » (٢) .

من ذلك نخلص إلى أن صيغة المضارع تحتل الحال والاستقبال بل إن استعمالها غلب للاستقبال أما حقيقة أو مجازا ، ومن ثم لا يؤخذ بهذه الصيغة في انعقاد العقد إلا إذا نوى العاقدان إنشاء العقد في الحال ، ومعنى الرجوع إلى النية أي الإرادة الباطنة دون الظاهرة (٣) .

المالكية : يصح عندهم انعقاد العقد بلفظ المضارع ولكن العقد لا يكون لازما فلو رجع بعد قبول الآخر وقال : لم أرد البيع ، فإن حلف لا يلزم العقد والا لزم .

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٧٥

(٢) البدائع ج ٥ ص ١٣٣ ، ١٣٤

(٣) انظر السنهوري - مصادر الحق ج ١ ص ٩١

كما يلزم العقد اذا وجدت قرينة دالة على أنه كان يريد البيع كما اذا حصل تردد الكلام مثل أن يقول المشتري : بعنى سلعتك بعشرة مثلاً فيقول البائع : لا • فيقول له : بأحد عشر • فيقول : لا • ثم يقول البائع : أبيعها باثنى عشر • فيقول المشتري : قبلت • فيلزم البيع ولا رجوع للبائع بعد ذلك وإن حلف^(١) •

الشافعية : يرون أن انعقاد العقد بلفظ المضارع من باب الكفاية فلا بد للانعقاد به من قرينة دالة على ارادة العقد^(٢) •

الحنابلة : لم يجوزوا انعقاد العقد بلفظ المضارع لأن العبارة حينئذ من قبيل الوعد بأخذ المبيع^(٣) •

ونخلص مما تقدم من آراء الفقهاء في صيغة المضارع وجواز انعقاد العقد بها إلى أن جمهور الفقهاء يرون انعقاد العقد بلفظ المضارع اذا ما كانت النية أو القرائن^(٤) دالة على ارادة انشاء العقد في الحال واستبعاد ارادة الوعد بأخذ المبيع •

لأن الصيغة في هذه الأحوال تعبر عن ارادة العاقد في انشاء العقد ورضاه به والأخير مناط صحة العقد •

(ج) صيغة الاستفهام والاستقبال :

وهي صيغة تمخضت للاستقبال فلا ينعقد بها العقد •

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٤

(٢) نهاية المحتاج شرح المنهاج ج ٣ ص ٦

(٣) يراجع كشف القناع ج ٢ ص ١٠٣

(٤) فلا يكتفى بثبوت النية واتجاه الارادة الباطنة على ارادة انعقاد العقد كما يعول على ذلك صاحب مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، (السنهوري ج ١ ص ٨٨) - وإنما بكل ما يدل على ارادة انعقاد العقد من قرائن خارجية دالة على ذلك •

ويقول صاحب البدائع : « ولا ينعقد بصيغة الاستفهام بالاتفاق »^(١) .
وأما صيغة الاستقبال وهي المقرونة بالسین وسوف ، ومن ثم تمخضت
للاستقبال فلا ينعقد بها العقد .

جاء في الفتاوى الهندية : « وأما ما تمخض للاستقبال كالمقرون
بالسین وسوف .. فلا ينعقد به »^(٢) .

* * *

● خلاصة وتعقيب :

أولا : أن الفقهاء المسلمين يؤثرون صيغة الماضي لانعقاد لعقد
على العموم ، لدالتها على الوجود والتحقق ، وباعتبارها المظهر الواضح
للتعبير عن الارادة في مرحلتها النهائية ، وصيغة الماضي وإن كانت
للماضى وضعا ، ولكنها جعلت إيجابا للحال في عرف أهل اللغة والشرع ،
فينعقد بها العقد دون بحث في النية^(٣) .

وفي غير صيغة الماضي يجب الرجوع الى الظروف والملايسات
والبحث في النية للوقوف على ارادة انشاء العقد ، فإن دلت الصيغة على
ارادة انشاء العقد ، وكانت واضحة الدلالة على المراد دلالة بينة غير
محتملة لمعنى آخر فالمناط وضوح الدلالة وعدم الاحتمال في صلاحية
العبارة لأن تكون إيجابا أو قبولا ، ولا يغفل عرف الناس وعاداتهم في
هذا الصدد ، وفي ذلك يقول الشيخ على الخفيف :

« والأساس في صحة الصيغة أن تكون دالة في عرف العاقلين

(١) ج ٥ ص ١٣٣ وما بعدها . (٢) ج ٣ ص ٤

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥١٠ وما بعدها ، الأشباه والنظائر

للسيوطي ص ٣١٩

أو العاقد على ارادة انشاء العقد ... ، ولذا قال مالك : يقع البيع بما
يعتقده الناس بيعا «^(١) .

ويرى ابن تيمية : « جواز انعقاد العقد بكل لفظ تعود الناس
انعقاد العقد به »^(٢) .

ثانيا : أن اللفظية غير الشكلية^(٣) فإذا كان الفقهاء المسلمون ،
يؤثرون اللفظ فانه لا يشترط لفظ « البيع » مثلا بل يجوز أى لفظ
يؤدى الى معنى المبادلة ما دامت صيغته تتمخض للحال اذ العبرة
للمعنى لا للصورة .

وفي ذلك يقول الكاساني^(٤) :

« اذا قال البائع : أعطيتك هذا الشيء بكذا أو هو لك بكذا
أو بذلتكه بكذا . وقال المشتري : قبلت أو أخذت أو رضيت أو هويت
ونحو ذلك ، فانه يتم الركن لأن كل واحد من هذه الألفاظ يؤدى
معنى البيع وهى المبادلة والعبرة للمعنى لا للصورة »^(٥) .

ويقول ابن القيم :

« أما العقود والمعاملات فانما يتبع مقاصدهما والمراد منهما بأى
لفظ كان اذ لم يشرع الله ورسوله لنا التعبد بألفاظ معينة لا تتعدها » ،

(١) مختصر أحكام المعاملات الشرعية ، للشيخ على الخفيف ص ٨٠

(٢) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٢٣١

(٣) انظر مصادر الحق للسنهورى ج ١ ص ٨٨

(٤) البدائع ج ٥ ص ١٣٣ وما بعدها .

(٥) فقد ذهب البعض الى رمى الفقه الاسلامى بالتمسك باللفظية
على أنها اثر من آثار ما كان يخص به اللفظ من التقديس فى العصور
الأولى حيث كان الناس يعتقدون بالتأثير السحري للكلمات المتلفظ بها ؛
(د . شفيق شحاتة . النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية
ص ١٣١) ، انظر فى نقد رأى د . شفيق شحاتة : د . السيد نشأت
الدرينى - التراضى فى عقود المبادلات المالية - رسالة ص ١٩٢
وما بعدها .

وعلى ذلك يكون من الخطأ الحكم بأن الفقهاء المسلمين قيدوا الناس
بألفاظ وصيغ خاصة^(١) .

ثالثا : أن اهتمام الفقهاء المسلمين بالصيغة لم يكن لذاتها
أو لمجرد عباراتها وألفاظها وإنما لكونها وعاء الإرادة ، فالإرادة تستخلص
من الصيغة ، والأخيرة قرينة ودليل عليها ولكنها قرينة لا تقبل إثبات
العكس^(٢) .

وعلى ذلك فصيغة الحال ينعقد بها العقد دون بحث في النية وصيغة
الاستقبال المقرونة بالسين وسوف لا ينعقد بها العقد دون اعتداد
بالنية كذلك ، والصيغة التي تحتمل الحال والاستقبال ينعقد بها
العقد أو لا ينعقد تبعا لثبوت النية وقرائن الأحوال والظروف والملابسات
من عدمه .

* * *

التعبير بغير اللفظ

ويشمل : الكتابة ، والرسالة ، والإشارة ، والتعاطي ، والدلالة
(أى موقف آخر يدل على الرضا) .

سبق أن قلنا : ان الرضا والقصد أساس العقود ، وليست الألفاظ
الا ترجمة وتعبيرا عن ذلك .

ولما كان ظهور الإرادتين ودلالتهما دلالة واضحة على العقد
فان ذلك يتم بالصيغة اللفظية المعبرة ، ومن هنا كانت العبارة اللفظية
هى الأصل وأن تكون بلفظ الماضى لكونه أدل الألفاظ على الوجود
على التفصيل السابق فى الصيغ اللفظية الأخرى .

ولما كانت الألفاظ هى العماد الأول فى التعبير عن الإرادة قرر
الفقهاء أن الأقوال هى الأصل لإنشاء العقود ، ولكن قد تقوم مقامها

(١) أعلام الموقعين ج ١ ص ٢٩٢

(٢) يراجع : د. السنهورى ، مصادر الحق ج ١ ص ٩١

كل وسيلة يمكن أن تعبر عن الإرادة في الإيجاب والقبول تعبيراً كافياً
ومفيداً كالكتابة والرسالة ... الخ .

وهو ما سنتناوله بالتفصيل فيما يأتي :

١ - الكتابة والرسالة :

المراد بالكتابة : أن يكتب أحد العاقلين إلى الآخر كتاباً بإيجابه .
والمراد بالرسالة : هو أن يرسل أحد العاقلين إلى الآخر الغائب
رسولاً يبلغه الإيجاب شفاهة باللفظ ، والرسول سفير ومعبّر عن
كلام المرسل ناقل لكلامه إلى المرسل إليه^(١) .

٢ - التعاقد بالكتابة حال حضور العاقلين :

يذهب جمهور الفقهاء^(٢) إلى جواز إنشاء العقود بالكتابة بين
الحاضرين سواء أكان المتعاقدان يقدران على اللفظ (النطق) أم لا
أو كان أحدهما قادراً عليه والآخر عاجزاً .

ويشترط في الكتابة أن تكون واضحة ومفهومة ومستبينة
ومرسومة أي مكتوبة بالطريقة المعتادة بين الناس في زمانهم وتقاليدهم
وباقية ثابتة بأن تبقى بعد الانتهاء منها .

ويستثنى من ذلك «عقد النكاح» فإنه لا ينعقد بالكتابة بين الحاضرين
ما لم يكن أحدهما عاجزاً عن النطق لأن الزواج من العقود التي يشترط
لصحتها عند جمهور الفقهاء حضور شاهدين وسماعهما كلام العاقلين .

وعلى هذا فلو كتب رجل لامرأة : تزوجتك ، أو كتبت هي له :

(١) انظر بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٨ .

(٢) المغنى ج ٧ ص ٤٣٠ ، الخطاب ج ٤ ص ٢٢٩ ، الزيلعي ج ٤
ص ٤ ، (وان كان لم يرد نص صريح إلا أن عبارة الزيلعي تفيد « جواز
البيع باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ » - نهاية المحتاج ج ٣ ص ١١)
(وان كان هناك رأي آخر في المذهب يمنع من اعتبار الكتابة) .

تزوجتك هما حاضران في المجلس فقالت أو قال : قبلت ، لا ينعقد الزواج بهما^(١) .

ـ التعاقد بالكتابة بين الغائبين :

يصح التعاقد بين الغائبين بالكتابة مطلقا سواء أكان العقد زواجا أو بيعا فالكتابة بين الغائبين كالنطق بين حاضرين وعلى هذا الأساس وضعت قاعدة « الكتابة كالخطاب »^(٢) .

ومن جميع الأحوال السابقة يكون وصول الإيجاب الى مجلس التقابل عن طريق الرسالة أو الكتابة ، إنما هو نقل الإيجاب ماديا الى مجلس القبول^(٣) .

فاذا حصل القبول في المجلس فقد وجد الاتصال بين الإيجاب والقبول حكما وانعقد العقد .

أما لو بلغ أحد الإيجاب بغير إذن وأمر الموجب فقبل العاقد الآخر لم ينعقد العقد لأن المبلغ ليس رسولا بل فضوليا .

وعلى ذلك ، فلا يبدأ حكم الإيجاب والقبول بالكتابة إلا من وقت وصول الكتاب وقراءته وفهم ما فيه وذلك في العقود التي يتوقف انعقادها على علم الطرف الآخر ورضاه كالبيع والزواج ، أما في العقود التي لا تتوقف على ذلك كالطلاق والمعتاق فإن الكتابة إذا كانت مستبينة ومرسومة تأخذ حكمها فور الكتابة ، إلا إذا كان قد علق الطلاق على بلوغ الكتاب ووصوله^(٤) .

(١) يراجع : فتح القدير ج ٥ ص ٣٤٤ ، الشرح الكبير ج ٣ ص ٣

(٢) مادة ٦٩ من مجلة الأحكام العدلية - الكاساني في البدائع

ج ٥ ص ١٣٥

(٣) والرسول هنا يختلف عن النائب فالأخير إنما يعبر عن إرادته

هو لا عن إرادة الأصيل .

(٤) ابن عابدين ج ٥ ص ٢٧٢ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ج ٢

ص ١٩٦ ، ١٩٧ ، فتح القدير ج ٥ ص ٤٦١ .

وكذا في الرسالة ، فان حكمها يبدأ من وقت أدائها وبلوغها (١) ، والرجوع في الإيجاب بالكتابة أو بالرسالة جائز قبل بلوغ الكتاب والرسول الى الطرف الآخر ، وقبل قبوله سواء علم الطرف الآخر بالرجوع أو لم يعلم حتى لو قبل بعد ذلك لا يتم العقد ولا ينقذ (٢) .

ولم يستثن الفقهاء من ذلك سوى : الخلع والعق على مال وتمليك المرأة نفسها ، ففيها لا يملك الموجب الرجوع عن الإيجاب الا بعد وصوله الى الطرف الآخر وظهور ما يدل على رفضه لهذا الإيجاب .

٢ - الإشارة :

هي الحركات التي تصدر عن الانسان سواء فعلها برأسه أو يده . اذا كان المتعاقد قادرا على النطق والعبارة فهل يصح عقده بالإشارة ؟ واذا كان غير قادر على النطق لخرس فهل ينقذ عقده بالإشارة ؟

- الحالة الأولى : الضابط فيها هو أنه اذا كان المتعاقد قادرا على النطق والعبارة لا ينقذ عقده بالإشارة ولو كانت واضحة في الدلالة على الرضا والارادة ، وهو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء (٣) لأن العبارة هي الأصل في التعبير عن الارادة والرضا . ولا يلجأ الى غيرها الا لضرورة ، ومن هو قادر على النطق والعبارة لا تقوم به ضرورة الى الإشارة (٤) .

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٧٩ .

(٢) وذلك بخلاف الوكيل فلو وكل شخص آخر بالبيع ثم عزل الوكيل قبل البيع فباع الوكيل دون أن يعلم بالعزل فان البيع ينقذ . يراجع أيضا بدائع الصنائع ج ٣ ص ١٣٨ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٥ ، المغنى ج ٤ ص ٥ ، رد المحتار ج ٤ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٨٨ ، الحطاب ج ٤ ص ٢٢٩ . (اذ يرى الحنفية والشافعية ذلك في غير التافه من الأشياء خلافا للمالكية والحنابلة اذ يعتبرونها ما دامت مفهومة - انظر المراجع السابق ذكرها في كل مذهب) .

(٤) انظر : بدران أبو العينين ، نظرية العقد ص ٣٨٥ .

ـ الحالة الثانية : تتعلق بإشارة الأخرس في التعاقد هل تعتبر أم لا ؟ وفيها تفصيل :

(١) إذا كان الخرس دائما :

سواء أكان الخرس أصليا منذ ولادته أو كان عارضا ودام حتى وقع اليأس من كلامه .. وهنا تفرق بين حالتين :

الأولى : إذا كان غير قادر على الكتابة فإن عقده ينقذ بإشارته المفهومة المعهودة التي اعتاد الناس فهمها منه بلا خلاف بين الفقهاء ^(١) لأنها الوسيلة الوحيدة التي يستطيع أن يعبر بها عن إرادته ويتعاقد تحقيقا لمصلحة ودفعاً للضرر ولأنه إذا كانت الإشارة مفهومة قامت مقام عبارته .

الثانية : إذا كان قادرا على الكتابة ففي اعتبار إشارته في التعاقد خلاف .

ويرى جمهرة الحنفية أن إشارته معبرة إذا كانت مفهومة في ذلك ^(٢) ، وذهب البعض منهم إلى أنه لا يجوز عقده بالإشارة في هذه الحالة ، لأن الكتابة أوضح دلالة على المراد .

أما الشافعية ، فيرون أن إشارة الأخرس الواضحة في الدلالة على مراده ينقذ بها عقده للضرورة وكذلك تصح تصرفاته بالكتابة ^(٣) .

والحنابلة يوافقون الشافعية والحنفية في أن إشارة الأخرس المفهومة يصح بها عقده للضرورة ، أما إذا كانت غير واضحة فلا ينقذ

(١) البدائع ج ٥ ص ١٣٥ ، نهاية المحتاج ج ٣ ص ١١ ، المغنى ج ٧ ص ٤٣٠ ، الخطاب ج ٤ ص ٢٢٩ .

(٢) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٨٨ .

(٣) انظر نهاية المحتاج ج ٣ ص ١٠ ، المجموع شرح المذهب ج ١ ص ١٧١ .

بها العقد حتى ولو كانت مقرونة بالكتابة لأنه من المحتمل أن تكون كتابته عبثا والاحتمال لا يصلح أساسا للعقود^(١) .

وهناك رأى للحنابلة : يجوز انعقاد العقد بكل ما يدل على الرضا ويكشف عن الإرادة^(٢) .

ونخلص مما تقدم من آراء في تلك المسألة الى أن الرأى الراجح هو اذا كان الآخرس قادرا على الكتابة فانه لا تصح تصرفاته الا بالكتابة لأنها في الدلالة كالنطق . أما الاشارة فهي دون الكتابة دلالة فلا تقبل مع امكان الكتابة ، وعلى هذا جاء في مجلة الأحكام العدلية :

« ان الاشارة المعهودة للآخرس كالبيان باللسان »^(٣) .

ونصت المادة ٣٥٧ من مرشد الحيران على « أن ايماء الآخرس خلقة - أى اشارته المعروفة - كالبيان باللسان » .

(ب) اذا كان الخرس عارضا :

بأن طرأ عليه الخرس ولم يصل الى درجة اليأس من شفائه وهي حالة معتقل اللسان وهو وسط بين الناطق والآخرس^(٤) وقد جاء في البدائع^(٥) :

« ... فيجوز بيع الآخرس وشراؤه اذا كانت الاشارة مفهومة في ذلك .. هذا اذا كان الخرس أصليا .

فاذا كان عارضا بأن طرأ عليه الخرس مثلا ، اذا دام به حتى

(١) انظر كشاف القناع ج ٢ ص ١٧٣ .

(٢) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٢٦٨ .

(٣) قاعدة ٧٠ من المجلة .

(٤) انظر الاشباه والنظائر للسيوطى ص ٣١٤ .

(٥) ج ٥ ص ١٣٥ .

وقع اليأس من كلامه وصارت الاشارة مفهومة فيلحق بالخرس الأصلي •
وجاء في الاشياء والنظائر (١) :

« ... وأما اشارة غير الأخرس .. فان كان معتقل اللسان ففيها اختلاف ، والفتوى على أنه اذا دامت العقلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة والاشهاد عليه ومنهم من قدر الامتداد بسنة وهو ضعيف ، وان لم يكن معتقل اللسان لم تعتبر اشارته وعلى ذلك لا تصح اشارته الا اذا كان ميثوسا من كلامه وتكونت له اشارة مفهومة معهودة على التفصيل السابق » •

ويرى البعض (٢) : الاكتفاء بدوام عقلة لسانه سنة يصبح بعدها كالأخرس الأصلي لما في ذلك من رفع الحرج وعدم وقف تصرفاته طالما تكونت له اشارة معهودة مفهومة •

ومذهب الحنابلة والمالكية (٣) أوسع المذاهب في مسألة التعاقد بالاشارة اذ يجيزون التعاقد بالاشارة ولو من غير الأخرس لأن الاشارة تسمى كلاما في اللغة كما جاء في القرآن الكريم في قوله تعالى : ﴿آيَتِكَ إِلَّا تَكَلَّمُ النَّاسُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾ (٤) الآية ، والرمز : الاشارة • فالعقد عندهم ينعقد بكل ما يدل عليه وبلاشارة الدالة على ذلك ، وغير الأخرس كالأخرس متى كانت مفهومة وهذا المذهب يحقق مقتضيات التعامل بين الناس •

(١) لابن نجيم ص ١٨٨

(٢) انظر : مصطفى الزرقا - الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ج ١ ص ٣٢٩ ، وبدران أبو العينين المرجع السابق ص ٣٨٦ ، حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٤٢٥

(٣) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٣ ، الدسوقي على الشرح الصغير ج ٢ ص ٣ ، شرح الخطاب ج ٤ ص ٢٢٩ المغنى ج ٤ ص ٥

(٤) آل عمران : ٤١

٣ - التعاطى :

معناه - فى اللغة : المناولة أى الاعطاء والأخذ .

ويراد بالتعاطى عند الفقهاء المبادلة الفعلية الدالة على التراضى من غير لفظ ، كوضع الثمن وأخذ المثلن عن تراض من الطرفين من غير لفظ وعليه أكثر الحنفية والمالكية حيث اشترطوا فى صحة المعاطاة قبض العوضين أى الثمن والمثلن وهو مذهب الحنابلة .

لكن رجح الكمال بن الهمام الاكتفاء بقبض أحد العوضين^(١) .
كما يتحقق التعاطى بتبادل البدلين من غير تلفظ من أحدهما ويتحقق أيضا بفعل من أحدهما وقول من الآخر كأن يعطى المشتري الثمن للبائع من غير أن يتكلم فيقول له : خذه أو رضيت أو نحو ذلك، أو يقول المشتري: اشتريته بكذا فيعطيه البائع الشيء المبيع من غير أن يتكلم^(٢) .

- آراء الفقهاء فى جواز التعاقد بالتعاطى :

من الفقهاء من أجازة مطلقا فى البيع وغيره سواء فى ذلك النفيس والخسيس ، ومنهم من أجازة فى الخسيس دون النفيس^(٣) ، ومنهم من منعه مطلقا - وذلك على النحو التالى :

١ - المذهب الحنفى :

تدرج التعاقد بالتعاطى فى المذهب الحنفى فقد كان يصح فى الخسيس دون النفيس .. ثم صار يصح فيها معا^(٤) - وقد كان قبض البدلين

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٧٧

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ١٥ وما بعدها ، محمد شعبان حسين نظرية العقد ص ٤١

(٣) يراجع البدائع ج ٥ ص ١٣٤

(٤) فتح القدير ج ٥ ص ٧٧ - الخسيس التافه من الأشياء وقل ثمنه أو الأشياء المختصرة كالبيضة والرغيف ، والنفيس ما كثر ثمنه ، ومن الفقهاء من حد النفيس بنصاب السرقة فأكثر والخسيس ما دونه ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٩ ، الزيلعى ج ٤ ص ٤ ، ابن عابدين ج ٤ ص ١٦

- جميعا شرطا في تمام العقد ثم صار قبض أحد البدلين يكفي^(١) .
- ويشترط في جميع الأحوال أن يكون كل من البدلين معلوما .
- فقيما يكون ثمنه غير معروف في الأسواق يجب أن يكون كل من المبيع والثن معلوما للطرفين ، أما اذا كان الثمن معروفا في سوق البلدة وكان المشتري من أهلها قامت هذه الظروف قرينة على علمه بالثن^(٢) .

– ضابط دلالة التعاطي على الرضا :

والتعاطي ولو من جانب واحد فعل يتضمن الدلالة على الرضا الا اذا عارض هذه الدلالة أمر ظاهر . فالرفض الصريح من أحد الطرفين ينفي الرضا الضمني المستفاد من التعاطي حتى ولو كان هذا الرفض الصريح يجوز حمله على غير ظاهره^(٣) ، كما أنه اذا كان التعاطي مجرد تنفيذ لعقد سابق وكان هذا العقد باطلا أو فاسدا انعدمت .

٢ – المالكية :

يجيزون التعاقد بالمعاطاة مطلقا^(٤) ولكن العقد لا يكون لازما الا بقبض أحد البدلين^(٥) .

-
- (١) فتح القدير ج ٥ ص ٧٧ ، الفتاوى الهندية ج ٢ ص ١٢٧ ، ج ٣ ص ٨ و ج ٤ ص ٣٦٨
- (٢) فتح القدير ج ٥ ص ٧٨ ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٩ و ج ٤ ص ٣٦٨
- (٣) فقد جاء في الفتاوى الهندية : « دفع اليه دراهم ليشتري منه البطاطيخ المعنية فلم يستردها ويعلم عادة السوق أن البائع اذا لم يرض برد الثمن أو يسترد المتاع والا يكون راضيا ويصبح خلفه لا أعطيها تطيبا لقلب المشتري فقال مع هذا لا يصح البيع » ج ٣ ص ٩ ، راجع أيضا ابن عابدين ج ٤ ص ١٦ ، ١٧
- (٤) مختصر خليل ص ١٨٧
- (٥) الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٣ ، الشرح الصغير ج ٣ ص ٣ ، الخطاب ج ٤ ص ٢٢٨ ، تهذيب الفروق ج ٣ ص ١٨١

٣ - الحنابلة :

يجيزون التعاقد بالتعاطى فقد جاء فى المغنى^(١) : « ان الله أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع فيه الى العرف كما رجع اليه فى القبض والاحراز والتفرق ، والمسلمون فى أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ولأن البيع كان موجودا بينهم معلوما عندهم وانما علق الشرع عليه أحكاما وأبقاه على ما كان ... » .

واستدلوا بقوله تعالى : ﴿ يا ايها الذين آمنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل ، الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ (٢) .
وبقوله تعالى : ﴿ فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا ﴾ (٣) .

ووجه الدلالة فى الآيتين الكريمتين أن الله سبحانه وتعالى أناط حل الأكل بوجود التراضى وطيب النفس ، والرضا أمر خفى ، فأنيط الحكم بسبب ظاهر^(٤) .

ولم ينقل عن النبى صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه مع كثرة وقوع البيع بينهم استعمال الايجاب والقبول ، ولو استعملوا ذلك فى بياعاتهم لنقل ثقلا شائعا ، ولو كان ذلك شرطا لوجب نقله ولم يتصور منهم اهماله والغفلة عن نقله ، ولأن البيع مما تعم به البلوى فلو اشترط له الايجاب والقبول لبينه صلى الله عليه وسلم بيانا عاما ، ولأن الناس يتبايعون فى أسواقهم بالمعاطاة فى كل عصر ولم ينقل انكاره .. فكان ذلك اجماعا .. ولو كان الايجاب والقبول شرطا فى هذه العقود

(١) ج ٤ ص ٤ ، كشاف القناع ج ٢ ص ٤
(٢) النساء : ٢٩ (٣) النساء : ٤
(٤) المغنى ج ٢ ص ٣

لشق ذلك ، ولأن الإيجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على التراخي ،
فاذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطى قام مقامهما وأجزأ عنهما
لعدم التقيد فيه .

٤ - الشافعية :

لا يجوزون التعاقد بالمعاطاة لأن اسم البيع يصدق عليه^(١) .
وأجاز بعضهم المعاطاة في الخسيس دون النفيس من الأشياء . .
واختار النووي^(٢) القول بصحة بيع التعاطى مطلقاً لأن الله تعالى أحل
البيع ولم يثبت في الشرع لفظ له فوجب الرجوع الى العرف .

- استثناء عقد النكاح :

جمهور الفقهاء مع اتفاقهم على جواز التعاطى في العقود استثنوا
من ذلك عقد النكاح فلا يجوز فيه المعاطاة بالإجماع^(٣) .
وقد ذكر صاحب تهذيب الفروق أربعة أسباب لتشديد المشرع في
عقد النكاح دون سائر العقود :

١ - أن النكاح لا بد فيه من لفظ يشهد عليه فيه أنه نكاح لا سفاح
والقاعدة أن الشهادة شرط في النكاح بخلاف البيع ونحوه حيث لم
يستترط الإشهاد .

٢ - أن النكاح عظيم الخطر جليل القدر ، والقاعدة أن الشيء إذا
عظم قدره شدد فيه وكثرت شروطه .

٣ - أن الأصل في الأموال الإباحة ، وفي الأبضاع الحرمة ، والشرع

(١) انظر المذهب ج ١ ص ٢٥٧ - الوجيز ج ١ ص ١٢٣ .
(٢) راجع : المجموع شرح المذهب للنووي ج ٩ ص ١٦٢ وما بعدها .
(٣) راجع : نظرية العقد للدكتور محمد شعبان حسين ص ٤٥

يحتاط في الخروج من الحرمة الى الاباحة لأن التحريم يعتمد على المفسد
فيتعين الاحتياط للخروج منه .

٤ - عموم الحاجة الى البيع ونحوه مع كثرة الوقوع والحصول
عند كل حاجة بخلاف النكاح فانه قليل الحصول من الشخص الواحد ،
والقاعدة في الشريعة السمة التخفيف فيما يعم ويكثر ويتكرر^(١) .

ه - الظاهرية :

يرون أن العقود جميعها لا تنعقد الا بالصيغة ولا يجوز فيها
المعاطاة سواء في ذلك النكاح والبيع والاجارة والوقف والهبة وغيرها ،
واستدلوا بأن الأسماء كلها توفيق من الله تعالى لا سيما أسماء وأحكام
الشريعة التي لا يجوز فيها الاحداث ولا يعلم الا بالنصوص^(٢) .
ويبدو أن هذا الاتجاه قول بالرأى لا يدعمه دليل^(٣) .

٦ - مذهب الكرخي من الحنفية ، وابن شريح من الشافعية :

ان العقود تصح بالأفعال فيما كثر عقده بذلك ، مثل المعاطاة في
الأشياء الخسيسة والوقف أن يبنى مسجدا ويأذن للناس بالصلاة فيه
من غير أن يتلفظ بالصيغة ، وكبعض أنواع الاجارة كمن أعطى ثوبه
لغسل أو خياط يعمل بالأجر وكالهدية ونحو ذلك ، فان هذه العقود
وأمثالها لو لم تنعقد بالأفعال لفست أمور الناس ، ومن ناحية أخرى
فقد جرى تعامل الناس في مثل هذه الأشياء بالألفاظ من لدن النبي صلى
الله عليه وسلم الى يومنا هذا فكان ذلك جائزا فيها .

(١) تهذيب الفروق على هامش الفروق للقرافي ج ٣ ص ١٨١ وما
بعدها . مشار اليه في نظرية العقد - د . محمد شوكت ص ٣٠
(٢) المحلى ج ٨ ص ٣٥٠
(٣) أنظر : د . محمد شعبان حسين ، نظرية العقد ص ١٦

أما الأشياء النفيسة فانه لم يجر العرف بالاكتفاء بالفعل فيها ومن ثم فلا حاجة اليه ولا يجوز العقد فيها بغير الصيغة^(١) .

٤ - دلالة الحال :

يعتبر التعاقد جائزا باتخاذ أى مسلك آخر خلاف ما سبق لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على الرضا .

فقد جاء في المبسوط للسرخسي^(٢) : « العقد قد ينقذ بالدلالة كما ينقذ بالتصريح » .

وجاء في البدائع^(٣) : « الشرط قد يثبت نصاً أو دلالة . . وأما الاختيار من طريق الدلالة فهو أن يوجد منه فعل في أحدهما يدل على تعيين الملك فيه » .

وقد جاء في الحطاب^(٤) : « واحتج المالكية بما تقدم من أن الأفعال وإن اتفت منها الدلالة الوضعية ففيها دلالة عرفية وهي كافية إذ المقصود من التجارة إنما هو أخذ ما في يد غيرك بدفع عوض عن طيب نفس منكما فتكفى دلالة العرف في ذلك على طيب النفس والرضا بقول أو فعل » .
ويقول الامام مالك : « يقع البيع بما يعتقده الناس بيعاً »^(٥) .

كما جاء في المغنى^(٦) : « ولأن الإيجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على التراضي فإذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطى قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التقيد فيه » .

(١) تراجع الهداية وفتح القدير ج ٥ ص ٧٧ ، انظر د. محمد شوكت - نظرية العقد ص ٢٩ ، د . محمد شعبان حسين - المرجع السابق ص ٤٧

(٢) ج ١١ ص ١٥٠

(٣) ج ٥ ص ٢٦١ ، ٢٦٢ ، ٢٧٠ ، راجع أيضاً ابن عابدين ج ٤ ص ١٦ ، ٩

(٤) ج ٤ ص ٢٢٨ (٥) تراجع المغنى ج ٤ ص ٤

(٦) تراجع المغنى ج ٤ ص ٤

ويقول الشيخ علي الخفيف^(١) : « انها تنعقد بكل ما يدل على مقصود العاقدين دلالة واضحة من قول أو فعل جرى به العرف أم لم يجر ليس لذلك حد مقرر سوى ما ذكرنا لا في شرع ولا في لغة بل يتنوع ويتعدد بتنوع الاصطلاحات وتعددتها كما في تنوع اللغات وتعددتها فان لمعنى الاجارة والبيع والرهن وغيرها من العقود ألفاظا كثيرة متعددة في جميع اللغات ولا يجب على الناس التزام لفظ منها وكذلك تنوع الكتابة عند الكاتين والاشارة عند الخرس فلا يتقيد بكتابة خاصة ولا اشارة خاصة ما دام الافهام متوافرا لأنه المناط وما اعتبرت الألفاظ والكتابة والاشارة الا دوال عليه » .

ويقول الشيخ محمد أبو زهرة^(٢) : « فكل ما عده الناس دالا على البيع ينعقد البيع به ، وكل ما يعتقده الناس دالا على الاجارة ، فالاجارة تنعقد به وليس لذلك حد لا في شرع ولا في لغة بل يتنوع بتنوع الناس كما يتنوع بتنوع لغاتهم ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات في المعاملات ولا يحرم عليهم التعاقد بغير ما يتعاقد به غيرهم من أهل لغة أخرى اذا كان ما تعاقدوا به دالا على مقصودهم » .

ويقول الدكتور محمد يوسف موسى^(٣) : « ان العقد مهما كان أمره وموضوعه ينعقد بالقول أو الفعل الدال دلالة لا لبس فيها على إرادة كل من طرفيه سواء أكان العقد على هذا الوضع متعارفا أم غير متعارف فكل ما يدل على البيع ينعقد به وكل ما يدل على الاجارة تنعقد بها ، كذلك الشركة والوكالة والسلم والعقود الأخرى على اختلافها وتعددتها . ان الضابط عند الذين ذهبوا هذا

(١) احكام المعاملات الشرعية ص ١٥٥ ، ١٥٦

(٢) الملكية ونظرية العقد ص ٢٠٥ ، ٢٠٦

(٣) الأموال ونظرية العقد ص ٢٧٢ ، ٢٧٣

المذهب هو أن يكون ما يستعمله العاقدان من قول أو فعل يدل بتعين على ما يريدانه من انشاء العقد وإبرامه دون نظر الى ما تعورف من الصيغ والأشكال التي ينعقد بها العقد .

هـ - السكوت :

السكوت مظهر للتعبير عن الإرادة يختلف عن جميع ما سبق بأنه موقف سلبي محض ، لذلك قيل في الفقه الاسلامي : « لا ينسب لساكت قول » ويصدق هذا على الإيجاب دون القبول ، فالإيجاب لا يمكن أن يستخلص من محض السكوت . أما القبول فيجوز استخلاصه من الظروف الملابسة ولذلك قيل تكلمة للعبارة الأولى : « ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان »^(١) .

وقد أطلق البعض على السكوت عبارة « لسان الحال »^(٢) ، ومثل له بانسان ترك متاعه بين يدي شخص آخر وذهب وذلك الآخر ساكت لم ينهه ولم يتنصل مدة حفظه فان عقد الايداع ينعقد بينهما بدلالة الحال فيصير الشخص الموضوع أمامه وديعا مكلفا بالحفظ ومسئولا عنه اذا قصر فيه ولو وضع ماله أمام جماعة كذلك أصبحوا جميعا مستودعين فلو قاموا واحدا بعد آخر تعين حفظ الوديعة على الأخير فاذا قام وترك المال حتى ضاع فانه يضمنه لصاحبه .

وقد اعتبر السكوت في بعض المسائل قرينة تقوم مقام اللفظ^(٣) .

(١) يراجع مصادر الحق ص ١٢٦ ، ١٢٧ ، وقد أورد ابن نجيم في الأشباه والنظائر بيانا للحالات التي يعتبر فيها السكوت قبولا نظرا للظروف الملابسة ص ٧٨ ، يراجع أيضا : الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٧ ، ٩٨ .
(٢) د. مصطفى الزرقا ، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ج ١ ص ٣٣٢ .
(٣) انظر بدران أبو العينين بدران ، نظرية الملكية والعقود ص ٣٩٠ - وانظر أيضا الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٧٨ - فقد جاء به : « خرجت عن هذه القاعدة مسائل كثيرة يكون السكوت فيها كالنطق .. سكوت البائع الذي له حق حبس المبيع حين رأى المشتري قبض المبيع وسكوت الشفيع حين علم بالمبيع حفظ للشفعة » .

فمثلا سكوت الموصى له بعد موت الموصى عن القبول أو الرد حتى مات يعتبر السكوت قبولا ، وكذا سكوت الفتاة البكر اذا استأذنها وليها في عقد زواجها يعتبر اذنا وتوكيلا بالعقد استنادا الى دلالة العرف • وعلى ذلك يتبين أن السكوت يعتبر قبولا اذا اقترنت به ملابسات تجعل دلالة تصرف الى الرضا •

ومن هذه الظروف والملابسات التي تصرف دلالة السكوت على الرضا ما يأتي (١) :

١ - اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل •

٢ - اذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه ويدخل في ذلك سكوت المتصدق عليه وسكوت الموقوف عليه •

٣ - أن يكون الشخص في وضع بحيث لو لم يكن راضيا لما سكت عن التصريح بالرفض فيعتبر سكوته رضا ، ويدخل في ذلك السكوت عند بيع الزوجة أو القريب عقارا ، وسكوت البكر عند الزواج •

● التعبير عن الارادة في القانون وفقهه :

قلنا فيما سبق : ان القانون وفقهه استعمالا لمصطلح « التعبير عن الارادة » للدلالة على التراضي ، واتجاه الارادة الى احداث أثر قانوني هو في ذاته مسألة نفسية لا يعنى بها القانون الا اذا أعلن عنها وذلك بالتعبير عن الارادة ، ومن ثم كان الأخير هو المظهر الخارجى المحسوس للارادة متجه الى احداث أثر قانوني سواء أكان ذلك تعبيرا عن ايجاب أو قبول (٢) •

(١) يراجع مصادر الحق ج ١ ص ١٣٠

(٢) انظر أستاذنا الدكتور عبد الودود يحيى - المرجع السابق

ص ٢٩ وما بعدها •

● التعبير الصريح والتعبير الضمني :

فالمتعاقد يفصح عن ارادته بالوسيلة التي تحلو له ، ولا يهم بعد ذلك نوع هذه الوسيلة ما دامت أنها تعبر عن الارادة^(١) .

والتعبير عن الارادة قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا وفي ذلك تنص المادة (٩٠) من القانون المدني المصري على أن :

« ١ - التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود .

٢ - ويجوز أن يكون التعبير عن الارادة ضمنيا اذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا »^(٢) .

فالأصل أن التعبير عن الارادة قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، واستثناء من ذلك قد يشترط القانون في بعض الحالات أن يكون التعبير عن الارادة صريحا والا فلا يعتد به ، مثال ذلك في الاتفاق على تجديد الالتزام فهذا التجديد لا يقدر وجوده بل لا بد من النص عليه صراحة في العقد^(٣) ، وكذلك قبول الدائن للكفالة لا بد أن يكون صريحا^(٤) .

والتعبير الصريح هو الذي يفصح عن الارادة بطريقة موضوعة بذاتها للكشف عن هذه الارادة حسب المؤلف بين الناس ، فقد يكون كلاما أو كتابة أو إشارة متداولة عرفا ، ويكون التعبير صريحا أيضا باتخاذ أى موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود وقد يكون السكوت تعبيرا صريحا عن القبول .

(١) د. عبد المنعم الصدة - المرجع السابق ص ٩٣

(٢) يقابل هذا النص م ٩٣ سوري ، م ٩٠ لیبی ، م ٧٧ ، ٧٩ عراقی و ١/١٧٩ و ١/١٨٠ لبنانی (مقارب) .

(٣) م ٣٢٠ موجبات لبنانی .

(٤) م ١٠٦١ موجبات لبنانی ، د. محمد لیب شنب - المرجع

السابق ص ٩٠

أما التعبير الضمني فهو كل ما يمكن أن تستنبط منه دلالة التعبير عن الإرادة في ضوء ظروف الحال ، وليس في ذاته موضوعا للكشف عن الإرادة^(١) . وذلك كالدائن يسلم سند الدين للمدين فهذا دليل على أنه أراد إقضاء الدين ما لم يثبت عكس ذلك ، وكالوكيل يقبل الوكالة بتنفيذها .



● مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول :

القاعدة العامة في الفقه والقضاء في مصر وغيرها من البلاد العربية أن السكوت هو العدم ، ومن ثم لا ينسب لساكت قول ، وليس السكوت إرادة ضمنية فالإرادة الضمنية تستخلص من ظروف إيجابية تدل عليها^(٢) كما أن الإرادة الضمنية قد تكون إيجابا أو قبولا بحسب الأحوال ولكن هذه القاعدة يرد عليها استثناء تضمنته قاعدة أخرى تقول : « السكوت في معرض الحاجة بيان » .

ومعنى هذا أن السكوت إذا صاحبه ظروف تخلع عليه دلالة الرضا فانه حينئذ يعتبر قبولا ، وهذا هو الذي يقال له « السكوت الملايس *Silence Sircomstancée* »^(٣)

وقد نص القانون المدني المصري وكذلك اللبناني على أمثلة لهذا النوع من السكوت . فتنص المادة (٩٨) مدنى مصرى على أنه :
« ١ - إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فان العقد يعتبر قد تم اذا لم يرفض الإيجاب فى وقت مناسب . »

(١) وينذهب د . عبد المنعم الصدة (المرجع السابق ص ٩٠ ، ٩١) الى أن التعبير الصريح هو الذى يفصح عن الإرادة بطريقة مباشرة والضمنى هو التعبير غير المباشر ، ولا يرى الدكتور السنهورى فى هذا الرأى فارقا محسوسا بين التعبير الصريح والضمنى - الوسيط - مصادر الالتزام ص ١٨٩ هامش ٣

(٢) د . السنهورى - المرجع السابق ص ٢٣٦

(٣) د . عبد المنعم الصدة - المرجع السابق ص ٩٦

٢ - ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه اليه « (١) » .

والحالات الواردة في هذا النص والتي يعتبر فيها السكوت على سبيل الاستثناء قبولاً إذا لا بدته ظروف من شأنها أن تجعله يدل على الرضا (٢) وهي ما يأتي :

١ - إذا كان هناك عرف تجارى جرى في حالات معينة على اعتبار السكوت قبولاً أو كانت طبيعة المعاملة تقضى بذلك : كما إذا أرسل تاجر فاتوره الى المشتري تتضمن شروط بيع البضاعة المرسلة اليه ولم يبادر المشتري الى رفض هذه الشروط اذ يعتبر سكوت المشتري حينئذ قبولاً لها .

وفد نصت على هذا المثال صراحة المادة ١٨٠/٣ من قانون الموجبات والعقود اللبناني فقالت : « يعد سكوت مشتري البضائع بعد استلامها قبولاً للشروط المعينة في بيان الحساب (الفاتورة) » .

٢ - إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين كما إذا اعتاد تاجر أن يطلب من آخر البضاعة التي يريدتها فيرسلها اليه دون أن يؤذنه بالقبول فاذا طلب العميل شيئاً بعد ذلك منه مما يدخل في نطاق المعاملات السابقة وسكت المرسل كعادته كان للعميل أن يعتبر هذا السكوت رضا أو قبولاً .

(١) يقابل مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٢ ص ٥٧ - ٥٩ و م ٩٣ سوداني و م ١٠٨ كويتي ، هذا النص مادة ٩٩ سوري ، ومادة ٩٨ لبيى ومادة ٨١ عراقى ومادة ١٨٠ لبناني .
(٢) ويجوز أن يكون السكوت بمنزلة القبول لا بالنسبة لتتمام العقد بحسب بل أيضاً بالنسبة الى الغائه أو الاقالة منه - استثناء مختلط ١٩١٧/٤/١١ مادة ٢٩ ص ٣٥٨ مشار اليه في د. السنهوري - الوسيط - مصادر الالتزام ص ٢٣٧ هامش ٢

وقد يكون هناك عقد سابق بين الطرفين ثم بعث أحد الطرفين إلى الآخر بخطاب يتضمن تفسيراً لهذا العقد أو تعديلاً أو فسخاً له فإن سكوت المرسل إليه يعتبر قبولاً وقد طبق القانون هذه الفكرة صراحة في عقدي الإيجار والعمل^(١) .

٣ - إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه فإن سكوته هذا يعتبر قبولاً كعارية الاستعمال تعرض على المستعير فيلزم الصمت ، وما ورد به النص ليس إلا على سبيل التمثيل لا الحصر فكل سكوت تلابسه ظروف تدل على الرضا فهو « سكوت ملابس » ويعتبر قبولاً ، كما إذا علم الموكل بمجاوزة الوكيل حدود الوكالة فسكت ولم يعترض .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٨ مدنى مصرى ما يأتى : « ... أن انقضاء الميعاد المعقول ، أو المناسب هو الذى يحدد وقت تحقيق السكوت النهائى الذى يعدل القبول ويكون له حكمه وفى هذا الوقت يتم العقد ، أما فيما يتعلق بمكان الانعقاد فيعتبر التعاقد قد تم فى المكان الذى يوجد فيه الموجب عند انقضاء الميعاد المناسب إذا هو علم بالقبول فى هذا المكان ... ويستخلص من دراسة مختلف المذاهب ومقارنتها فى النصوص التشريعية وأحكام القضاء أن مجرد السكوت البسيط لا يعتبر إفصاحاً أو تعبيراً عن الإرادة . أما السكوت الموصوف وهو الذى يعرض حيث يفرض القانون التزاماً بالكلام فلا يثير إشكالا ما ، لأن القانون نفسه يتكفل بتنظيم أحكامه . ولا يبقى بعد ذلك سوى « السكوت الملابس » وهو ما لا بسه ظروف يحمل معها محمل الإرادة فهو وحده الذى يواجهه النص محتذياً فى ذلك حذو أحدث التقنيات وأرقاها »^(٢) .

(١) فيما نصت عليه المادة ٥٩٩ مدنى مصرى وتقابلها المادة ٥٩٢ موجبات لبنانى وفيما نصت عليه المادة ٦٧٩ مدنى مصرى والمادة ٧١ من قانون العمل وتقابلها المادة ٦٥١ موجبات لبنانى .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥٧ ، ٥٨ ، أنور العمرسى المرجع السابق ص ٢٢٤

ومن هذا الذى سقناه نخلص الى وجود ثلاثة أنواع من السكوت
هى :

(أ) السكوت البسيط : حيث لا يعتبر افصاحا أو تعبيراً عن
الارادة ، فاستخلاص القبول من مجرد السكوت يعنى فرض واجب على
الشخص بأن يفصح عن رفض كل ما يحلو لغيره أن يوجهه اليه من
ايجاب والا اعتبر قابلاً له وفي هذا عنت واضح وتقييد للحرية الشخصية
ليس له مقتضى^(١) .

(ب) السكوت الموصوف : حيث يكون فى معرض الالتزام بالكلام
وهو ما تكفل القانون بتنظيم أحكامه .

(ج) السكوت الملبس : وهو مناط النص على النحو السابق
ذكره .

٤ - حيث ينص القانون ويقرر اعتبار السكوت تعبيراً عن القبول
ومثل ما نصت المادة ٤٢١ مدنى مصر اذ تقول :

« فى البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع وأن يرفضه
وعلى البائع أن يمكنه من التجربة . فاذا رفض المشتري البيع وجب أن
يعلن الرفض فى المدة المتفق عليها ، فاذا لم يكن هناك اتفاق على المدة
ففى مدة معقولة يعينها البائع ، فاذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري
مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً » .

* * *

● تنفيذ العقد قد يقوم مقام القبول :

من صور التعبير الضمنى عن الارادة فى القانون ، التنفيذ الاختيارى
للايجاب اذ اعتبره القضاء المصرى يقوم مقام القبول فيتم العقد به .
أما الزمان والمكان اللذان يتم فيهما العقد فيتبع فى شأن تحديدهما
القواعد العامة اذ لا يوجد نص خاص فى ذلك : وتقضى القواعد العامة

(١) د. اسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزام ج ١ ص ٨٢ ، ٨٣
فقرة (٥١) .

بنظريه « علم الموجب » أى أن العقد يتم وقت أن يعلم الموجب بهذا التنفيذ الاختيارى وفى المكان الذى علم فيه بذلك ما لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين يحدد وقتا أو مكانا آخر^(١) .

* * *

● الإيجاب والقبول فى عقود المزاو والمناقصات :

أولا - عقود المزاو :

أهم عقود المزاو هى البيع والإيجار ، وقد يقع بطريق المزاو كل من البيع الاختيارى والبيع الجبرى عن طريق القضاء أو عن طريق الإدارة والجهات الحكومية .

ونظرا للطبيعة الخاصة لعقود المزاو فانه من المهم معرفة متى يتم الإيجاب ومتى يتم القبول :

١ - موقف القانون والقضاء المصرين من المسألة :

ذهبا الى أن طرح الصفقة فى المزاو أو افتتاح المزايدة على الثمن^(٢) لا يعدو أن يكون دعوة الى التعاقد عن طريق التقدم بعطاء ، وأن التقدم بعطاء هو الإيجاب ، أما القبول فلا يتم الا برسو المزاو ويكون القبول هو ارساء المزاو على من يرسو عليه .

وهذا ما نصت عليه المادة (٩٩) من القانون المدنى المصرى :
« لا يتم العقد فى المزايدات الا برسو المزاو ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا »^(٣) .

وقد جاء فى الأعمال التحضيرية لمشروع القانون المدنى أن المشروع

(١) انظر د . السنهورى - الوسيط - مصادر الحق ص ٢٤٠
(٢) نقض مدنى جلسة ١٩٦٤/١/٩ السنة ١٥ ص ٦٨ ، مجموعة المكتب الفنى .

(٣) يقابل هذا النص م ١٠٠ سورى و م ٩٩ لىبى و م ٨٩ عراقى و م ٨٤ سودانى و م ١١٤ كويتى و م ٣٦ تونسى .

قد أعرض عن المذهب الذى يرى فى افتتاح المزايدة على الثمن ايجابيا
وفى التقدم بالعطاء قبولا^(١) .

٢ - موقف القانون التونسى :

لقد خالف القانون التونسى سائر التشريعات العربية اذ اعتبر
عرض الشئ للمزايدة ايجابيا يقبله من وقتت عليه المزايدة^(٢) .

على حين أن سائر التشريعات العربية على أن التقدم بالعطاء
فى المزااد يعتبر ايجابيا ، ويؤخذ من ظروف الحال أن هذا الايجاب يقترن
ضمنا بتحديد ميعاد للقبول هو من لحظة صدور الايجاب حتى التقدم
بعطاء آخر أكبر أو رسو المزااد أو بعد فتح المظاريف بوقت يكفى
للبت فيها ، وعلى هذا الأساس فهذا الايجاب ملزم لصاحبه طوال الميعاد
الضمنى للقبول .

وأن رسو المزااد يعتبر هو القبول الذى يتم به العقد^(٣) ، ويتم
رسو المزااد عادة بعد قبول صاحب السلعة أكبر عطاء ، الا أنه فى المزااد
بالمصاريف يجوز لصاحب السلعة أن يشترط أن يكون له الحق فى
قبول أو رفض أى عطاء .

واذا كان رسو المزااد يتوقف نفاذه على تصديق شخص أو جهة
فلا ينعقد العقد ما لم يتم هذا التصديق^(٤) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٦٤ ، ٦٥

(٢) أنور العمروسى - المرجع السابق ص ٢٢٦

(٣) والقبول فى المزايدات فى القانون السورى يكون بما يسمى بـ «الاحالة
القطعية» فقط بمجرد توقف المزااد بعد آخر عطاء لعدم وجود من يزيد
عليه لا يعتبر صاحب المزااد قابلا بالعطاء الأخير بل ينتظر قبوله ويكون
هذا منه عادة بالموافقة على احالة الصفقة الى اسمه ، انظر أنور العمروسى -
المرجع السابق ص ٢٢٨

(٤) أنور العمروسى ص ٢٢٧ ، تقض مدنى جلسة ٢٩/١٠/١٩٦٨ ص

١٢٨٧ ، مجموعة المكتب الفنى .

ثانيا - عقود المناقصات :

تسرى الأحكام السابقة على المناقصات فيعتبر التقدم بعطاء هو الإيجاب وليس فتح باب المناقصة ، والإيجاب هنا ملزم طول مدة الميعاد الضمني للقبول ، ويسقط بعطاء آخر أقص منه . ويعتبر رسم المناقصة هو القبول الذي يتم به العقد^(١) .

● تعقيب :

لقد تحدثنا عن الإيجاب والقبول في عقود المزاو وألحقنا بها المناقصات لما لهذه العقود من طبيعة خاصة ومن ثم كان من المفيد التعرف على كيفية الإيجاب والقبول فيها وحالات الاعتداد بهما وصدورهما وكيف يتم الارتباط بين الإيجاب والقبول ، وبعبارة أخرى متى يتم العقد . وذلك دون الاستطراد الى تفاصيل أحكام عقود المزايدة في الفقه الاسلامى وهى ما أطلق عليه الفقهاء « بيع من يزيد » أخذا من حديث الرسول صلى الله عليه وسلم ، اذ باع صلى الله عليه وسلم قدحا وحلسا بـ « بيع من يزيد » ، وقد فرق الفقهاء بين هذا النوع من البيع و « بيع المستام » أو بيع المساومة فالأول جائز والأخير مكروه . والاستطراد فى أحكام هذه البيوع فى الفقه الاسلامى يخرج عن نطاق المسألة المطروحة وهى التعبير عن الإيجاب والقبول ووسائله فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى .

* * *

الشرط الثانى - توافق الإيجاب والقبول :

معناه : ان توافق الإيجاب أو القبول هو حقيقة العقد لدلالة ذلك التوافق والتطابق على الرضا .
ومن ثم يجب أن يشتمل القبول على جميع جزئيات الإيجاب وإذا انعدم التوافق بين الإيجاب والقبول انعدم التراضى .

(١) د. عبد الناصر العطار - نظرية الالتزام ص ٥٣ وما بعدها .

وفي ذلك يقول الكاساني كلاما قيما (١) : « وأما الذي يرجع الى نفس العقد فهو القبول موافقا للإيجاب بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع وبما أوجبه .

فان خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه أو بغير ما أوجبه أو ببعض ما أوجبه لا ينعقد من غير ايجاب مبتدأ موافق (٢) .

وعلى ذلك يكون عدم تطابق القبول مع الإيجاب ايجابا مبتدأ موجها للموجب من المتعاقد الآخر .

توافق القبول مع الإيجاب قد يكون حقيقيا وذلك اذا ما ورد الإيجاب والقبول على شيء واحد كأن يقول : بعثك داري بألف ، فيقول المشتري : اشتريتها بهذا الثمن ، هنا يتوافق القبول مع الإيجاب موافقة حقيقية لاتحاد محلها اتحادا تاما .

وقد تكون موافقة ضمنية بأن كانت مخالفة القبول للإيجاب لمصلحة الموجب ، وذلك بأن أوجب البائع بثمن فقبل المشتري بأزيد منه ، أو أوجب المشتري بثمن فقبل البائع بأقل منه ، فان العقد ينعقد مع هذه المخالفة لأنها تدل في حقيقتها على الرضا بأبلغ وجه (٣) ، فان من رضى أن يبيع سلعته بعشرة مثلا كان راضيا أن يبيعها بخمسة عشر من باب أولى ، ومن رضى أن يشتري السلعة بعشرين فرضاه بخمسة عشر أظهر وأوضح ، الا أنه في الحالة الأولى لا يلزم البيع الا بالثمن الأقل — لأن التعاقد كان عليه ولا يلزم بالثمن الأكثر — الا اذا

(١) البدائع ج ٥ ص ١٣٦

(٢) راجع أيضا في صور عدم تطابق القبول مع الإيجاب : فتح القدير ج ٥ ص ٧٧ - ٨٢ ، الوجيز شرح فتح القدير ج ١ ص ١٦٠ وما بعدها ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٧٦ ، الفتاوى الخانية ص ١٢٧ ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٧ ، مجلة الأحكام العدلية ص ١٧٨

(٣) محمد أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد ص ٢٠٣ ، ومحمد شوكت - نظرية العقد ص ١٣ ، محمد شعبان حسين - نظرية العقد ص ٢٣٠

قبله البائع لأنه تمليك والمشتري لا يستطيع أن يدخل في ملك البائع شيئاً جبراً عنه .

أما في الحالة الثانية التي حط فيها البائع بعض الثمن فإن العقد ينعقد لأن الحط من قبيل الاسقاط وهو تصرف يستبد به المسقط ولا يتوقف على قبول الآخر لكنه يرد بالرد لما فيه من معنى التمليك .
والظاهر أن الشافعية يشترطون الموافقة الحقيقية ويعتبرون الموافقة الضمنية مانعة من صحة العقد لأنها مخالفة على كل حال ولو في الصورة فلم تتحقق الموافقة بين الإيجاب والقبول^(١) .

● عدم تغير المحل ما بين الإيجاب والقبول :

ويشترط في توافق الإيجاب والقبول عدم تغير المحل ما بين الإيجاب والقبول حتى يتم العقد إذ لا يجب أن تتغير حال المبيع وقت القبول عما كانت عليه وقت الإيجاب . فلو باع عصيراً فسكت المشتري حتى تخمر ثم تخلل ثم قبل ، لا ينعقد العقد ، ذلك أن الإيجاب والقبول قد توافقا على بيع عصير ومن ثم لا يتم العقد في الخل لأنه لم يكن محل التراضي ولا في العصير لأنه أصبح غير موجود^(٢) .

● توافق الإيجاب والقبول في القانون الوضعي :

هو ما يعبر عنه فقهاء القانون بتوافق الإرادتين .
وتوافق الإرادتين هو اقتران الإيجاب بقبول مطابق له^(٣) .

(١) معنى المحتاج ج ٢ ص ٧ ، نهاية المحتاج ج ٣ ص ٤ ، كشف القناع ج ٢ ص ٣ ، راجع أيضاً : د. محمد شعبان حسين - المرجع السابق ص ٢٣

(٢) في هذا المعنى تراجع : الفتاوى الخانية ج ٢ ص ٢٣١ ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٨ ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٩

(٣) د. عبد المنعم الصدة - المرجع السابق ص ١١١

١ - الإيجاب :

ويعرف فقهاء القانون الإيجاب بأنه عرض بات وكامل للتعاقد وفقا لشروط معينة يوجهه شخص الى آخر للتعاقد معه (١) .

ومعنى ذلك أن الإيجاب يجب أن يكون باتا أى صادرا عن نية باتة فى التعاقد ، وتقرير ما اذا كان الإيجاب كذلك هو من مسائل الواقع لا من مسائل القانون فيفصل فيه قاضى الموضوع طبقا لظروف كل قضية ولا معقب على حكمه (٢) .

كما يجب أن يكون الإيجاب كاملا أى شاملا ومتضمنا لجميع العناصر التى تجعله صالحا لأن ينعقد به العقد حين يصادفه قبول مطابق، وهذه العناصر هى على الأقل العناصر الجوهرية أو الأركان الأساسية التى لا بد من توافرها لانعقاد العقد ويضاف إليها كل شرط آخر له أهمية خاصة لدى الموجب حتى ولو كان فى ذاته أمرا ثانويا .

٢ - القبول :

ويعرف فقهاء القانون القبول بأنه التعبير البات عن ارادة الطرف الذى وجه اليه الإيجاب بالموافقة على انشاء العقد ، والغالب أن صدور القبول يتأخر عن صدور الإيجاب ، ولذلك يعرف بأنه الارادة الثانية فى العقد .

ويشترط فى القبول كى يكون صالحا لأن ينعقد به العقد ما يأتى :

(أ) أن يكون الإيجاب قائما لم يسقط فاذا كانت هناك مدة للإيجاب صريحة أو ضمنية تعين أن يصدر القبول قبل فوات هذه المدة

(١) د. محمد لبيب شنب - المرجع السابق ص ١٠٣ ، د. عبد المنعم الصدة - المرجع السابق ص ١١١

(٢) د. عبد الحى حجازى - مصادر الالتزام ص ٤٥٧ ، نقض مدنى مصرى جلسة ١٩٥٠/١/٩ ، مجموعة احكام محكمة النقض ٥٦/٢٠٣/١

وإذا لم يكن الإيجاب لم تحدد له مدة وصدر في مجلس العقد وجب
أن يصدر القبول قبل انقضاء المجلس .
فإذا كان الإيجاب قد سقط لما تقدم أو لغيره فإن القبول يكون
إيجاباً جديداً يستطيع الطرف الآخر أن يقبله أو يرفضه .
(ب) يجب أن يأتي القبول مطابقاً للإيجاب وهذه المسألة هي
جوهر ما نحن بصددده .

● وجوب مطابقة القبول للإيجاب :

إذا اختار الموجب له أن يقبل وجب أن يكون قبوله مطابقاً للإيجاب
مطابقة تامة في جميع المسائل التي تناولها الإيجاب الجوهرى منها
والثانوى أى أيا كان حظها من الأهمية^(١) ، والا فإن العقد لا ينعقد
لعدم تطابق القبول مع الإيجاب .

أما إذا اقتصر الإيجاب على المسائل الجوهرية وأغفل المسائل
الثانوية فيكفى أن يتفق القبول مع الإيجاب بالنسبة للمسائل المذكورة
فيه وعلى ذلك نصت المادة (٩٥) من القانون المدنى المصرى بقولها :
« إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد واحتفظا
بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند
عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم ، وإذا قام خلاف على المسائل التى لم
يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام
القانون والعرف والعدالة » (٢) .

ويرر فقهاء القانون هذا الحكم الذى أورده النص والذى

(١) د. اسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزام ص ١١٥ بند ٦٣
وقد نصت على ذلك المادة ١/١١٢ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى .
(٢) يقابل هذه المادة م ٩٥ لىبى وم ٩٦ سورى و ٨٦ عراقى ،
وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى
فى هذا الصدد : أن القاضى يتولى أمر الفصل فى المسائل التفصيلية
التي ارجىء الاتفاق عليها ما لم يتراضى العاقدان بشأنها وعلى هذا
النحو يتسع نطاق مهمة القاضى فلا يقتصر على تفسير ارادة العاقدين
بل يستكمل ما نقص منها (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٦، ٤٧)

مؤداه : أن العقد يعتبر قد تم على الرغم من أن المتعاقدين قد حددا مسائل لم يتم الاتفاق عليها واحتفظا بها لتكون محلا للاتفاق فيما بعد حتى ولو اختلفا فيها بعد ذلك . ذلك أن الفقهاء يذهبون في تبرير هذا الحكم الى أن المسائل المؤجلة ليست جوهرية في العقد كما أن القانون قد اعتمد على أن المتعاقدين لم يجعلوا تمام العقد رهينا باتفاقهما على هذه المسائل غير الجوهرية ، وأنهما أرادا افتراضا أن يحل القاضى محلها لبيت فيما اختلفا فيه لأن هذا هو السبيل الوحيد للملاءمة بين ما اتفقا عليه من ابرام العقد وما اختلفا فيه من المسائل بحيث اذا تبين أن ارادتهما قد انصرفت الى غير ذلك بأن اشترطا صراحة أو ضمنا أن العقد لا يتم الا عند الاتفاق على هذه المسائل فان حكم النص السابق لا ينطبق (١) .

وعلى هذا الأساس يجب أن يكون القبول مطابقا للايجاب ، أما اذا كان غير مطابق له بأن زاد عنه أو نقص أو كان معدلا له فان العقد لا يتم ويعتبر مثل هذا القبول ايجابا جديدا وهذا ما نصت عليه المادة (٩٦) من القانون المدنى المصرى :

« اذا اقترن القبول بما يزيد فى الايجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه اعتبر رفضا يتضمن ايجابا جديدا » (٢) .

* * *

(١) انظر د . السنهورى ، م س ص ٢٣٤ ، د . عبد المنعم الصدة م س ص ١٢٤ .

(٢) يقابل هذا النص م ٩٦ لىبى و م ٦٧ سورى وم ١/٨٦ عراقى وم ٨٠ سودانى وم ١٨٢ لبنانى ، وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي بخصوص المادة (٩٦) مدنى مصرى ما يأتى « يجب ان يصل القبول الى الموجب فى الوقت المناسب وان يكون فوق ذلك مطابقا تمام المطابقة للايجاب ولا يتم العقد الا بتوافر هذين الشرطين فاذا وصل القبول بعد الميعاد أو انطوى على ما يعدل فى الايجاب فلا يكون له حكم القبول الذى يتم به التعاقد بل يجوز أن يكون بمثابة ايجاب جديد قد يؤدى عند قبوله الى قيام عقد يتم بمقتضى ارادة جديدة لا بمقتضى القبول المتأخر أو المعدل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥٠) .

● القبول في عقود الاذعان :

تعريف عقد الاذعان : يعرفه فقهاء القانون بأنه العقد الذي يضع فيه الموجب شروطه ويوجهها الى الناس كافة لمدة غير محددة وعلى نحو دائم ولا يقبل مناقشة فيها ويسلم بها القابل وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلى أو على الأقل يسيطر عليها الموجب سيطرة تجعل المناقشة فيها محدودة النطاق^(١) .

وهذا العقد وليد التطور في الحياة الاقتصادية المعاصرة ، اذ أدى النشاط المتزايد في الحياة الاقتصادية الى زيادة هائلة في عدد ما يجب أن يبرم من عقود في أقل وقت ممكن وبأقل مجهود مما أدى الى انفراد الموجب بتحديد شروط العقد وعدم المناقشة فيه عند ابرامه بسبب ما يتمتع به الموجب في هذا العقد من احتكار فعلى أو قانوني وأصبح من يريد التعاقد مع هذا الموجب اما أن يقبل العقد ككل أو يدعه جملة ، ولا بد له من التعاقد لأن العقد يتعلق بسلعة أو مرفق لا غنى له عنه فهو بذلك يرضخ ويذعن ومن هنا أطلق الأستاذ الدكتور السنهوري على هذا العقد « عقد الاذعان »^(٢) .



(١) د. عبد المنعم الصدة ، مرجع سابق ص ١٢٥ ، ١٢٦ ،
د. السنهوري ، مرجع سابق ص ٢٤٥ ، د. محمد لبيب شنب ، مرجع
سابق ص ٣٧ ، ٣٨ . استاذنا د. عبد الودود يحيى - مرجع سابق ص ٤٤
(٢) المرجع السابق ص ٢٤٥ هامش ١ ويسميه الفرنسيون « عقد
انضمام Contrats d'adhesion » لأن من يقبل العقد انما ينضم اليه
دون أن يناقشه وقد ابتدع الفقيه « سالي » هذه التسمية في كتابه
الاعلان عن الارادة ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ ، ويسميه قانون الموجبات اللبناني
في المادتين ١٦٧ ، ١٧٢ « عقد الموافقة » اشارة الى أن دور أحد
الطرفين في ابرام العقد يقتصر على الموافقة على الشروط التي استقل
بوضعها الطرف الآخر .

● حكم عقود الاذعان في القانون :

يذهب بغالبية شراح القانون المدني الى أن عقد الاذعان عقد حقيقى يتم بتوافق ارادتين ويخضع للقواعد التى تخضع لها سائر العقود ، فالارادة التعاقدية موجودة في عقد الاذعان أما المساواة الاقتصادية بين الطرفين فليست بلازمة ، ولا يشترط قانونا لاتفاق الإرادتين اتفاقا صحيحا أن يكون مضمون العقد وموضوعه محل نقاش سابق أو من عمل الطرفين ، ومن ثم فصحة التراضى موجودة في عقد الاذعان وأن ما يرضخ له المذعن لا يعدو أن يكون نوعا من الضغط الاقتصادى لا أثر له في صحة التراضى ولا يقتصر على عقد الاذعان بل في كل عقد آخر يتم بمجرد انضمام من القابل لا نقاش فيه أو موافقته عليه كما في الشراء بأسعار محددة من المحال الكبرى مثلا . الا أنه خشية أن يدخل الموجب شروط في العقد قد تكون جائزة بالنسبة للطرف المذعن ومن ثم يكون من الضرورى أيضا حماية الطرف المذعن اذا كنا قد سلمنا بضرورات النظام الاقتصادى في عقود الاذعان ، وهذه الحماية تتحقق بتدخل من القانون ومن جانب الجماعات التى يعينها الأمر أكثر اذ يمكنها أن تصل مع الموجب الى « عقد نموذجى » يتضمن شروطا تحقق مصلحة الطرفين ، وخير مثال لذلك عقود العمل الجماعى التى تتم بين نقابات العمال وأرباب الأعمال بقصد تحديد الشروط التى بمقتضاها تبرم في المستقبل العقود الفردية للعمل في مهنة من المهن^(١) .

وعقود الاذعان كثيرة في الوقت الحاضر ومن أمثلتها :

التعاقد مع شركات الكهرباء والمياه والغاز ومصالح البريد

(١) أنظر في تفصيل الآراء في طبيعة عقد الاذعان : د . عبد المنعم الصدة : عقود الاذعان - رسالة - القاهرة ١٩٤٦ والمراجع المشار اليها فيها فقرة ٩٩ وما بعدها ، وعقود الاذعان - رسالة - باريس ص ١٣٣ وما بعدها . لويس لوكا - الارادة والسبب ، رسالة ديجون سنة ١٩١٨ ص ٢٥٠ وما بعدها .

والتلغراف والتليفون وعقود النقل البرى والبحرى والجوى وغير ذلك ،
فالقبول فى هذه العقود اذعان اذ الموجب يعرض ايجابه فى شكل بات
ونهاى لا يقبل مناقشة فيه ، وفى نفس الوقت لا يسع الطرف الآخر
الا أن يقبل لأنه لا غنى له عن هذه التعاقدات ، لذلك اقتضت الضرورة
أيضا تدخل القانون لتحقيق الحماية المطلوبة للطرف المدعى فى طائفة
من العقود كعقود العمل وعقود التأمين .

فالمادة (١٤٩) مدنى مصرى تنص على أنه :

« اذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز
للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المدعى منها وذلك
وفقا لما تقضى به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك »^(١).

وهذا النص يعطى القاضى سلطة تقديرية واسعة فى حماية
الطرف المدعى اذ له أن يقدر ما اذا كان الشرط تعسفيا فى ضوء
الظروف ومدى ما فى الشرط من جور ، وليس هناك من حدود لما
يراه القاضى فى هذا الشأن الا ما تقتضيه العدالة فى تقديره ولا معقب
لمحكمة النقض على تقديره ما دامت عبارة العقد تحتل المعنى الذى
أخذ به بل ان للقاضى سلطة الغاء الشرط التعسفى واعفاء الطرف
المدعى منه .

ولا يجوز للمتعاقدین أن يسلبا القاضى هذه السلطة لمخالفة
هذا الاتفاق للنظام العام ولو صح هذا الاتفاق لتعطلت الحماية
التي قصد اليها القانون من هذا الحكم^(٢) .

(١) يقابل هذا النص م ١٤٩ لىبى و ١٥٠ سورى و ١٦٧ عراقى
و ١٦١ كويتى و ١٣٨ سودانى ولا مقابل فى القانون اللبنانى ولكن
تنظر م (١٧٢) .

(٢) نقض مدنى مصرى جلسة ١٩٦٠/٢/٢١ مجموعة المكتب الفنى
السنة ١١ ، ص ٣٣٠ ، جلسة ١٩٦٢/١/٤ مجموعة المكتب الفنى
السنة ١٣ ص ٢٦ ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى
ج ٢ ص ٢٩١ - ٢٩٤ .

وكذلك تنص المادة (١٥١) مدنى مصرى على أن :

« ١ - يفسر الشك فى مصلحة المدين •

٢ - ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن » (١) •

الأصل أنه عند الشك تفسر العبارة الغامضة لمصلحة المدين فى العقد ولكن يستثنى من هذا الأصل عقود الاذعان اذ يفسر الشك فيها لمصلحة الطرف المذعن دائنا كان أو مدينا باعتبار أن الموجب فى عقود الاذعان هو المتسبب فى غموض العبارة الغامضة اذ ينفرد بتحرير العقد (٢) •

● تعقيب :

لقد تحدثنا عن عقود الاذعان باعتبارها صورة خاصة للإيجاب والقبول وقد ثبت لدينا فيما تقدم أن التطور الحاصل فى المعاملات الاقتصادية وما لابسها من ظروف الوقت والجهد وشدة الحرص عليهما فى الوقت الحاضر ، فكما يقولون نحن نعيش عصر السرعة وما أدى اليه ذلك أيضا من حداثة المصطلحات ذاتها سواء أطلقنا على هذا النوع من العقود التى يحررها الموجب وفقا لمتطلبات مصالحه ويقبلها الطرف الآخر دون مناقشة « عقود الاذعان » وهو المصطلح الذى أصبح مستقرا وشائعا فى لغة القانون والفقه والقضاء أم « عقود انضمام » أم « عقود موافقة » •

ولكن هذا لا ينفى أن الفقه الاسلامى تحدث فيه الفقهاء بتفصيل واسع عن الاحتكار وتلقى الركبان وبيع الحاضر للبادى وهذه الصور

(١) يقابل م ١٥٣ لىبى وانظر أيضا م ١٥٠ ، ١٥١ فى هذا المعنى ، مادة ٣/١٦٧ عراقى وم ١٥٢ سورى وم ١٦٠ ، ١٦١ كويتى وم ١٤١ سودانى •

(٢) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٠٠ •

من البيوع تعبر عن جوهر ما يسمى بعقود الازعان في القانون الوضعي وفقهه فمن خصائص هذه العقود كما سبق أن الموجب يكون محتكرا لسلعة أو مرفق احتكارا فعلياً أو قانونياً أو على الأقل يسيطر عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق .

ولكن الاستطراد في شرح وبيان أحكام هذه البيوع في الفقه الاسلامي مما يخرجنا عن نطاق المسألة المطروحة وهي توافق الايجاب والقبول ، في العقود بصفة عامة مع بيان الصور الخاصة من العقود في هذا الشأن دون التفصيل في أحكام هذه العقود .

* * *

الشرط الثالث - اتصال القبول بالايجاب في مجلس العقد وهو ما يعبر عنه بالارتباط بين الايجاب والقبول :

ومعنى ذلك أن يصدر القبول متصلاً بالايجاب في مجلس العقد دون أن يفصل بينهما فاصل وذلك اذا كان المتعاقدان حاضرين ، أما اذا كان أحدهما حاضراً والآخر غائباً فيجب على الغائب بمجرد وصول الايجاب الى علمه أن يظهر رأيه ليتصل قبوله بالايجاب دون فاصل وعلى ذلك تتناول التعاقد بين حاضرين ، والتعاقد بين غائبين ، ومجلس العقد في كلا الحالين .

● **التعاقد بين حاضرين ومجلس العقد :**

المقصود بمجلس العقد : يجب أن يكون الايجاب والقبول في مجلس واحد ، وذلك بقصد تحديد المدة والوقت الذي يكون فيه المتعاقدان مشغولين بالتعاقد ، فيستطيع من عرض عليه الايجاب أن يتدبر أمره دون تراخ .

والراجع عندى^(١) - أن المراد باتحاد المجلس هو اتحاد الزمان

(١) يراجع فتح القدير شرح الهداية ج ٥ ص ٧٨ وما بعدها ، بدائع الصنائع للكاساني ج ٦ ص ٩٢ .

والوقت ، وقد جاء في الهداية : وانما يمتد (خيار القبول) الى آخر المجلس لأن المجلس جامع المتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر (١) .

وان كان بعض الفقهاء (٢) يرى أن المراد باتحاد المجلس اتحاد المكان الذي ينشأ فيه العقد ، وعلى ذلك قالوا : لا ينعقد العقد بين ماشيين أو راكبين لشيء ولا يستطيعان أيقافه عن السير لأن المجلس يتغير بتغير المكان فصار مكان القبول غير مكان الإيجاب فلا يحصل التلاقي بينهما .

ومجلس العقد قد جعل جامعا للشطرين (توقف الإيجاب على القبول حكما في مجلس العقد) مع تفرقهما للضرورة ، ولذلك اشترط الشافعية (٣) الفورية في القبول فاذا لم يصدر القبول فورا لا ينعقد العقد ، واعتبروا أن صدور أى عمل من الآخر في مجلس العقد قبل اظهار رغبته يكون فاصلا ومانعا من تلاقى الإيجاب بالقبول ومنهيا لمجلس العقد .

الا أنه لما كانت الفورية هذه قد تضيع على القابل فرصة التدبير والتأمل فقد قالوا بخيار المجلس ، فللقابل أن يرجع عن قبوله الفوري ما دام المجلس قائما لم ينقض ولم يمتد الى ما وراءه رعاية لجانب الموجب في ذات الوقت .

أما جمهور الفقهاء (٤) فلا يشترطون فورية القبول وانما يكون

(١) يراجع مصادر الحق - د. السنهوري ج ٢ ص ١٣ ، د. بدران أبو العينين - الشريعة الاسلامية ص ٣٧٣ ، ويعرف د. وحيد الدين سوار مجلس العقد بأنه « الحال الذي يكون فيه العاقدان منصرفين الى التعاقد في الفترة المبتدئة بالإيجاب والمنتية بالقبول وفي المكان » .

(٢) يراجع بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٦ ، الفتاوى الخانية ج ٢ ص ١٢٧ ، مصادر الحق للسنهوري ج ٢ ص ٢ .

(٣) يراجع مواهب الجليل على مختصر خليل ج ٤ ص ٢٥٠ ، بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٧ ، المجموع ج ٩ ص ١٨٩ ، نهاية المحتاج وحاشية الشبراويشي ج ٣ ص ٣٨١ وما بعدها .

(٤) يراجع نهاية المحتاج ج ٣ ص ٨ .

للقابل أن يقبل ما دام المجلس قائما وباقيا ، ولم يصدر من أحدهما ما يدل على الاعراض كالتكلم بكلام أجنبي عن العقد ، أو النوم أو القيام وترك المكان الذي صدر فيه الإيجاب ، ففي كل هذه الأحوال ينتفى مجلس العقد^(١) .

أما إذا انقضى مجلس العقد دون قبول فقد سقط الإيجاب ولا يجوز للآخر أن يقبل بعد ذلك ، فإن فعل عد قبوله إيجابا جديدا لا بد فيه من قبول المتعاقد الأول في مجلس الإيجاب الجديد .

* * *

● عقود مستثناة من اشتراط القبول في مجلس الإيجاب :

واشتراط كون القبول في مجلس الإيجاب - وبعبارة أخرى اتصال القبول بالإيجاب في مجلس العقد ، أى اشتراط اتحاد المجلس - جاء في جميع العقود ما عدا العقود الثلاثة الآتية :

١ - الوصية : فلا يشترط في انعقادها القبول في المجلس بل يكفي عدم الرد بعد موت الموصى ولا عبرة بالقبول أو الرد في حال حياة الموصى لأنها تملك مضاف لما بعد الموت .

٢ - الإيصاء : وهو جعل الغير وصيا على أولاده بعد وفاته ، ومن ثم يصح القبول ويرتبط بالإيجاب ولو كان في غير مجلس الإيصاء ، إذ الموصى إليه لا يكون وصيا إلا بعد وفاة الموصى .

٣ - الوكالة : فيجوز أيضا أن يكون القبول في غير مجلس الإيجاب ، ومن هنا صح توكيل الغائب فاذا علم بالوكالة وقبل ، تم العقد^(٢) .

* * *

(١) والأولى أن يحكم العرف فيما يكون اعراضا أو فاصلا بين الإيجاب والقبول يكون قاطعا لمجلس العقد . وما لا يعتبر اعراضا في عرف الناس لا يكون .

(٢) انظر مختصر أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف

● النتائج التي تترتب على مجلس العقد :

إذا كان مجلس العقد قد جعل جامعا للشطرين - الإيجاب والقبول - مع تفرقهما للضرورة^(١) فتوقف الإيجاب على القبول حكما في مجلس العقد ، ما دام مجلس العقد قائما لم ينفذ وقد تترتب على ذلك ما يأتي :

أولا - يكون للمخاطب بالإيجاب خيار القبول^(٢) الى أن ينفذ مجلس العقد على نحو ما تقدم فالقبول غير محتم . الا أنه يمتنع القبول بموت أحد الطرفين حتى ولو لم ينفذ المجلس . فاذا مات الموجب فإن الإيجاب يسقط بموته ، أما اذا مات من وجه اليه الإيجاب فلأن خيار القبول لا يورث وكذلك اذا فقد أحد المتعاقدين أهليته^(٣) .

ثانيا - يكون للموجب خيار الرجوع عن ايجابه الى أن يصدر القبول أو ينفذ المجلس وعلى ذلك جمهور الفقهاء^(٤) .

ولا يترتب على الرجوع أى التزام شرعا ، لأنه قد استعمل حقه من غير أن يلحق بالآخر ضررا ، ولأنه يملك حق الرجوع عن ايجابه به ما دام الآخر لم يقبل ورجوعه عن ايجابه والحالة هذه لا يترتب عليه ابطال حق القابل لأن الموجب هو الذى أثبت له هذا الحق بسبب ايجابه

(١) انظر بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٦

(٢) انظر فتح القدير شرح الهداية ج ٥ ص ٧٨ وما بعدها ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٧٠ ، ابن عابدين ج ٤ ص ٢٩ ، الخطاب ج ٤ ص ٢٤٠ .

(٣) خالف الإباضية في موت أحد الطرفين أو فقد أهليته إذ يذهبون الى أن الموت وفقد الأهلية لا يمنعان القبول ، إذ يقوم خليفته مقامه في القبول ، راجع كتاب النيل ج ٢ ص ١١ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٤ ، فتح القدير ج ٥ ص ٧٨ ، الفتاوى الخالية ج ٢ ص ١٣٠ وما بعدها ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٨

ومن ثم يكون له هذا الحق في سحب هذه الولاية كما في الوكالة ،
فإن الموكل يملك عزل الوكيل كما أن الموجب صاحب حق الملك ،
وبإيجابه قد أثبت للآخر حق التملك وحق الملك أقوى من حق التملك
لأن الثابت للقابل حق التملك لما وقع عليه الإيجاب وهو مملوك
للموجب ملكا حقيقيا ، فلو لم يكن له حق الرجوع لكان في ذلك إبطال
حقيقة الملك وهو الأقوى بحق التملك وهو أضعف وهو ما لا يجوز ،
إذ دلالة الإجماع تمنع من ذلك ، ولأن الموجب لم ينشئ التزاما
مطلقا بل مقيدا لقبول الطرف الآخر ، ومعلقا عليه فما دام لم يتحقق
القبول لم يكن هناك التزام^(١) . وكذلك يسقط الإيجاب بانقضاء
المجلس دون أن يصدر القبول ، وبموت أحد المتعاقدين أو فقد أهليته
قبل صدور القبول .

وإذا صدر القبول ، وفي الوقت ذاته رجع الموجب عن إيجابه
أي تعاصر صدور القبول ورجوع الموجب ، فإن الرجوع يصح ،
ولا يتم العقد ، فقد جاء في الفتاوى^(٢) : « ولو قال البائع بعد الإيجاب :
رجعت ، فقال المشتري معا : قبلت ، كان الرجوع أولى » .

وجاء في الفتاوى الهندية^(٣) :

« لو قال البائع : بعث - وقال المشتري : اشتريت ، وقارنه الآخر
ب : رجعت ، إن كانا معا لا يتم البيع . وإن عاقبه البائع ب : رجعت ،
تم ، كذا في الوجيز للكردي » .

إلا أن المالكية خالفوا الجمهور في ذلك وفرقوا بين عقود
المفاوضات وعقود التبرعات :

(١) قال الكاساني في بدائع الصنائع (ج ٥ ص ١٣٣) : ولأن أحد
الطرفين لو لزم قبل وجود الآخر لكان صاحبه مجبورا على ذلك الشرط
وهذا لا يجوز .

(٢) الجزء الثاني ص ١٣٠ ، ١٣١

(٣) الجزء ٣ ص ٨ .

ففى عقود التبرعات يكون الموجب ملتزماً بإيجابه ، لأنها معروف والمعروف يلزم من أوجبه على نفسه سواء أشهد على ذلك أو لا فى الصحيح من المذهب .

وفى عقود المعاوضات اذا كان الايجاب بصيغة الماضى ، فانه لا يجوز الرجوع فيه حتى يقبل الطرف الآخر أو يرفض ، أما اذا كان الايجاب بغير صيغة الماضى ، فانه يملك الرجوع قبل قبول الآخر^(١) .

* * *

● عقود يلتزم فيها الموجب بإيجابه ما لم يرفض الطرف الآخر :

وهى عقود اشتمل الايجاب فيها على معنى لا يقبل الرجوع وهى :
الخلع ، والعق على مال ، وتمليك المرأة أمر نفسها . فاذا صدر الايجاب من الزوج المخالعة والسيد المعتق لا يصح منهما الرجوع لأن الخلع يمين من جانب الزوج ، والعق على مال كذلك يمين من جانب السيد ، واليمين التزام لا يصح الرجوع فيه .

أما تمليك المرأة أمر نفسها ، فان الزوج يتقيد بذلك ما دامت المرأة فى المجلس ولا يجوز له الرجوع فيه لأنه طلاق معلق على قبولها أى اسقاط معلق .

والاسقاطات المعلقة لا يجوز الرجوع فيها .

* * *

● خيار المجلس :

معناه : أن لكل من المتعاقدين حق الرجوع عن العقد ، الى حين انقضاء المجلس ، ويستقل فى ذلك بإرادته وحدها^(٢) رضى الطرف الآخر أو لم يرض .

(١) راجع الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٤ ، الخطاب ج ٤ ص ٢٤٠ .

(٢) الوجيز ج ١ ص ١٤٠ ، المهذب ج ١ ص ٢٥٧ وما بعدها ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٢٥٦ .

وقد اختلف الفقهاء بشأنه ، فمنهم من يقولون به ، ومنهم من ينكرونه .

اولا - القائلون بخيار المجلس وحججهم :

الشافعية والحنابلة : يثبتون خيار المجلس ^(١) ما دام العاقدان لم يتفرقا بالأبدان .

وينقطع خيار المجلس ويصبح العقد باتا لا رجوع فيه لأحد الأمور الآتية :

١ - انقضاء المجلس والتفرق بالأبدان :

والمرجع في التفرق الى عرف الناس وعاداتهم فيما يعدونه تفرقا ، ويغلب بأن يكون يبعد الصاحب عن صاحبه بحيث لا يسمع كلامه الذي يتكلم به في العادة .

ويشترط في التفرق أن يكون طبعيا لا تعمد فيه ولا اكراه ، وقيل بل ينقطع خيار المكره وغير المكره ، لأن الخيار غايته التفرق وقد وجد ، ولأن المكره كان يمكنه أن يفسخ بالتخاير فاذا لم يفعل فقد رضى باسقاط الخيار ، ولأنه لا يعتبر رضا المتعاقد في مفارقة صاحبه له فكذلك مفارقتها لصاحبه ، وان أكرها جميعا انقطع خيارهما ^(٢) .

٢ - التخاير :

بأن يقول أحد المتعاقدين للآخر قبل أن يتفرقا بأبدانهما : اختر امضاء العقد أو فسخه ، فيقول الآخر : اخترت امضاءه ، أو فسخه . وبذلك يثبت المتعاقدان في مصير العقد ، وان سكت المسئول لم ينقطع خياره ، ومن خير صاحبه من الطرفين ينقطع خياره اذ بسؤاله اسقاط لخيار نفسه ، وقد يختار أحد المتعاقدين من تلقاء نفسه امضاء

(١) وهذا ما يميزه عن التقابل ، اذ لا يكون الا بتوافق ارادتين .

(٢) يراجع المغنى ج ٤ ص ٦ وما بعدها و ج ٣ ص ٥٦٥ وما بعدها ، المجموع ج ٩ ص ١٨٦ وما بعدها ، نهاية المحتاج وحواشيه ج ٤ ص ٣ وما بعدها . ويثبت ابن حزم خيار المجلس ، انظر المحلى ج ٩ ص ٢٩٥

العقد دون أن يخبره صاحبه ، فيلزم العقد في حقه وحده ويبقى الخيار للمتعاقد الآخر .

٣ - موت أحد المتعاقدين قبل التفرق وانقضاء المجلس يبطل خياره عند أحمد :

فالخيار لا يورث ، وكذلك يبطل خيار من بقى من الطرفين حيا . والأصح عند الشافعى أن موت المتعاقد لا يبطل خياره فيثبت للوارث قياسا على خيار الشرط . أما فقد أحد الطرفين لأهليته قبل التفرق بأن جن مثلا فلا يفقده خياره ، بل يثبت للولى أو القيم أو الحاكم .

* * *

● هل يجوز النزول عن خيار المجلس عند التعاقد ؟

الصحيح فى مذهب الشافعى عدم جواز النزول عن خيار المجلس ابتداء عند التعاقد لأنه خيار يثبت بعد تمام البيع فلم يجر اسقاطه قبل تمامه كخيار الشفيع .

ويرد فقهاء الحنابلة على ذلك^(١) بأن القول باسقاط خيار المجلس ابتداء هو اسقاط للخيار قبل سببه غير صحيح - فان سبب الخيار هو البيع المطلق .

أما البيع مع التخايير فليس بسبب له ، وأما الشفيع فانه أجنبى عن العقد ، فلم يصح اشتراط اسقاط خياره فى العقد .

والأصل أن الخيار جعل من باب الرفق بالطرفين فجاز لهما تركه .

ويستدل الشافعى وأحمد فى اثبات خيار المجلس بما يأتى :

١ - ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » ، وروى أن ابن عمر كان اذا بايع أحدا وأحب أن ينفذ البيع ويلزم مشى قليلا ثم رجع .

(١) انظر المغنى ج ٤ ص ٦ وما بعدها .

٢ - أن الآثار وعرف الناس جعل تفرق المجلس دليلا على عزم عقده التصرفات المالية . وعلى انتهاء التردد المانع للزوم فكان لعاقدان بالخيار ما لم يتفرقا (١) .

ثانيا - المانعون لخيار المجلس :

لقد منع الحنفية والمالكية خيار المجلس (٢) ، فالعقد عندهم متى تم في مجلسه بصدور القبول امتنع على أى من المتعاقدين أن يرجع بعد ذلك لأن صفة العقد الإلزام ، ولا الزام اذا أجزأ لأى منهما الرجوع هذا وان تراخى القبول الى نهاية المجلس .

وبذلك يتسع الوقت للطرفين في التدبر ، وما فاته بإعدام خيار المجلس يتحقق بالتراخى في القبول لكن متى صدر القبول لزم العقد فلا يثبت خيار المجلس من الطرفين واستدلوا لرأيهم بما يأتي :

١ - أنه بعد أن يتم العقد باقتران القبول بالإيجاب يجب الوفاء به فقد جاءت بموجب الوفاء بالعقود نصوص قاطعة في ثبوتها ودلالاتها مثل قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ (٣) .

وبتحقق العقد يجب الوفاء ، وخيار المجلس يفيد بمقتضاه عدم لزوم الوفاء بمجرد العقد . وذلك مخالفة لنصوص القرآن الذي أوجب الوفاء بمجرد العقد .

كما أنه لا شك في أن الحديث الذي احتج به القائلون بخيار المجلس غير متواتر ولا يصل الى مرتبة النص القرآني الصريح فيجب الأخذ بالقرآن ورد الحديث أو تأويله بما يتفق مع ما يدل عليه القرآن . وذلك كله اذا خلا العقد من خيار الشرط ، وخيار الوصف ،

(١) انظر الملكية ونظرية العقد ، محمد أبو زهرة ص ٢٠٨

(٢) انظر الفروق ج ٣ ص ٢٦٩ وما بعدها ، المدونة ج ١٠

ص ٢٠ ، فتح القدير وشرح العناية ج ٥ ص ٨١ وما بعدها .

(٣) المائدة : ١

وخيار العيب ، وخيار الرؤية ، ولم يكن من العقود التي يجوز الرجوع فيها كالوكالة .

٢ - أن الرضا أساس عقود المعاوضات المالية - ومناط الأحكام التي تثبتها تلك العقود ، والقول بخيار المجلس وتأخير أثر العقد الى نهاية المجلس اهمال لمعنى الرضا الذي دل عليه وجود الايجاب والقبول - ومن ثم تحقق العقد وكان عدم ثبوت أحكام العقد حتى نهاية المجلس دليل على أن الرضا لا يكفي لانشاء العقد في الوقت الذي يعتبر فيه الرضا مناط الأحكام التي تثبتها العقود ، على نحو ما تقدم وفي ذلك يقول الله تعالى :

﴿ يا ايها الذين آمنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل ، الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ (١) .

والتجارة تشمل كل عقود المعاوضات المالية .

٣ - القياس : استدلوأ أيضا بقياس عقود المعاوضات على عقود الأنكحة والخلع والرهون ونحو ذلك ، وهي عقود اتفق الجميع على عدم اثبات خيار المجلس فيها (٢) .

* * *

(١) النساء : ٢٩

(٢) يراجع بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ج ٢ ص ١٣٩ - ١٤١ .

الفرع الثاني : فى القانون الوضعى وفقهه

● اقتران القبول بالايجاب فى القانون الوضعى وفقهه :

الارتباط بين الايجاب والقبول فى الفقه الاسلامى يتحقق بالاتصال بينهما وبذلك يكون الايجاب قائما لم يسقط الى أن يتصل به القبول ، وأن يكونا متوافقين وأن يضمهما مجلس العقد ، وأن يحصل العلم بالايجاب والقبول •

وشرط اتصال الايجاب بالقبول عبر عنه فقهاء القانون أحيانا باقتران القبول بالايجاب ، وأحيانا بتوافق الارادتين ، ولما كان الاصطلاح الأول وهو اقتران القبول بالايجاب هو المترجح لدينا لسبق بيان توافق الارادتين كشرط من شروط التراضى فاننا سنؤثر استخدام مصطلح اقتران القبول بالايجاب ونحن نتحدث عن موقف القانون الوضعى وفقهه من هذا الشرط وهو اتصال الايجاب بالقبول وارتباطه به •

تنص المادة (٩١) من القانون المدنى المصرى على أن :

« ينتج التعبير عن الارادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه اليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك »^(١) •

وفى هذا الخصوص يتعين بيان الوقت الذى ينتج فيه التعبير عن الارادة أثره سواء أكان ايجابا أو قبولا •

(١) يقابل هذا النص م ٩١ لىبى و م ٧٨ عراقى و م ٧٥ سودانى ولا مقابل له فى اللبنانى والسورى •

هنا يميز فقهاء القانون بين نوعين من التعبير^(١) :

(أ) تعبير « واجب التسليم Receptice » وهو الذى لا يتحقق أثره الا اذا وصل الى علم من وجه اليه سواء أكان ايجابا أو قبولا ، وهذا أكثر ما يكون فى العقود ومؤدى ذلك أن التعبير من وقت العلم به يعتبر قائما لا يجوز العدول عنه ، فاذا كان التعبير ايجابا فلا ينتج أثره الا اذا وصل الى علم من وجه اليه ، والأثر هنا هو صلاحية الايجاب لأن يقترن به القبول • واذا كان التعبير قبولا فلا ينتج أثره كذلك الا اذا وصل الى علم الموجب^(٢) • والأثر هنا اقتران القبول بالايجاب ومن ثم تبادل التعبير عن ارادتين متطابقتين كما نصت عليه المادة (٨٩) مدنى مصرى السابق بيانها •

(ب) تعبير « غير واجب التسلم Non Receptice » وهو الذى يكون من غير الضرورى أو ليس من شأن التعبير أن يوجه الى شخص معين بالذات حتى يتحقق أثره اذ يتحقق أثره بمجرد التعبير كما فى الوصية والوعد بجائزة وعلى هذا الأساس أخذ القانون المصرى بنظرية العلم فى التعاقد بين غائبين كما سيأتى •
وقد اعتبر القانون وصول التعبير قرينة على العلم به حتى يخفف عن موجه التعبير عبء اثبات العلم وهو أمر قد يتعذر اثباته ولكن هذه القرينة القانونية ليست قاطعة فيجوز لمن وجه اليه التعبير أن يثبت أنه لم يعلم به على الرغم من وصوله •

* * *

● أثر الموت وفقد الأهلية على التعبير عن الارادة فى القانون المصرى :

تمشيا مع انحياز القانون المدنى المصرى الى حد ما الى الأخذ بالارادة الظاهرة لدواعى استقرار المعاملات فقد نصت المادة (٩٢)

(١) انظر فى تفصيل هذا التمييز : د. عبد الحى حجازى - مصادر الالتزام ص ١٤٦ وما بعدها .

(٢) انظر : د . حشمت أبو ستيت - المرجع السابق فقرة ٨٤ .

منه على أنه « اذا مات من صدر منه التعبير عن الارادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فان ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه اليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل »^(١) .

وفى صدد هذا النص يتم التمييز بين حالتين هما^(٢) :

(أ) حالة موت أو فقد أهلية من صدر منه التعبير :

وقد يكون التعبير صدر من الموجب أو من القابل :

١ - اذا كان التعبير قد صدر من الموجب ثم مات أو فقد أهليته قبل أن يصل الايجاب الى علم من وجه اليه .

هنا يذهب فريق من الفقهاء الى أن الايجاب يستمر حتى اذا وصل الى علم من وجه اليه أنتاج أثره اذ يستطيع أن يقبل ولكن العقد لا يتم لأن القبول في هذه الحالة لا يمكن أن ينتج أثره اذ لن يصل الى علم من وجه اليه بعد أن مات أو فقد أهليته فيبقى الايجاب دون قبول ولا يتم العقد^(٣) .

ويذهب فريق آخر من الفقهاء الى أن الايجاب يبقى وينتج أثره اذا وصل الى علم من وجه اليه وأنه اذا قبل فان العقد يتم لأن ورثة الموجب أو من يمثله يحلون محله في العلم بالقبول ويرتبطون بالعقد^(٤) .

وكل هذا ما لم يتبين من التعبير أو من طبيعة التعامل أن شخصية الموجب محل اعتبار خاص ففي هذه الحالة لا يتم العقد^(٥) .

(١) يقابل هذا النص م ٩٢ لىبي وم ٧٦ سودانى ولا مقابل له فى السورى والعراقى واللبنانى .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٩ - ٣٥

(٣) د. السنهورى - المرجع السابق ص ٢٠١ - جلال العدوى -

مبادئ الالتزامات ص ١٥٠

(٤) د؛ عبد المنعم الصدة - المرجع السابق ص ١٠٦ .

(٥) د. سليمان مرقس - المرجع السابق فقرة ٨١

٢ - إذا كان التعبير قد صدر من القابل ثم مات أو فقد أهليته ففى هذه الحالة يبقى التعبير وينتج أثره إذا وصل الى علم الموجب فينعقد العقد ، وذلك ما لم يتبين من الايجاب أو من طبيعة التعامل أن شخص القابل محل اعتبار فان العقد لا يتم .

(ب) حالة موت أو فقد أهلية من وجه اليه التعبير :

هذه الحالة تتناولها المادة (٩٢) مدنى مصرى السابق ذكرها وفيها يجرى التمييز بين الحالات الآتية :

١ - إذا كان التعبير ايجابا موجه الى شخص مات أو فقد أهليته قبل العلم به فان العقد لا ينعقد ولا يجوز للورثة أو لمن ينوب عنه أن يحلون محله فى القبول .

أما إذا كان التعبير قبولا موجه الى شخص (الموجب) مات أو فقد أهليته قبل العلم به فان العقد ينعقد إذا وصل القبول الى علم ورثة الموجب أو من ينوب عنه على رأى الراجح على نحو ما سبق بيانه .

٢ - إذا كان التعبير ايجابا موجه الى شخص مات أو فقد أهليته بعد العلم به فان العقد لا ينعقد ولا يحق للورثة أو لمن ينوب عنه أن يحلوا محله فى القبول^(١) .

أما إذا كان التعبير قبولا ومات من وجه اليه هذا القبول (الموجب) أو فقد أهليته بعد العلم به فان العقد يكون قد تم فى هذه الحالة ويجب على الورثة أن يقوموا بتنفيذه فى الحدود التى يلتزمون فيها بعقود مورثهم ولكن العقد لا يتم إذا تبين من الايجاب أو من طبيعة التعامل أن شخص القابل هو محل الاعتبار فاذا قصد الموجب وبأن هذا القصد فى ايجابه صراحة أو ضمنا أن العقد

(١) عكس ذلك د. سليمان مرقس - المرجع السابق فقرة ٨٢ .

لا يتم إلا مع القابل بالذات أو كان الأمر المعقود عليه تستعصى طبيعته
أن يقوم بتنفيذه غير القابل شخصيا فإن القبول يسقط بموت القابل
أو فقد أهليته^(١) .

* * *

● الإيجاب الملزم :

تنص المادة (٩٣) من القانون المدني المصري على أنه :
« ١ - إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه الى
أن ينقضى هذا الميعاد .
٢ - وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة
المعاملة »^(٢) .

وعلى هذا الأساس من النص يكون الإيجاب ملزما إذا كان
مقترنا بميعاد صريح أو ضمني ، والميعاد الضمني يستخلص من ظروف
الحال أو طبيعة المعاملة كأن يكون موضوع الإيجاب شيئا تحت
التجربة ومن ثم يلزم البقاء على الإيجاب طوال المدة اللازمة للتجربة
أو يكون الإيجاب موجها لشخص غائب فيظل الموجب ملتزما بإيجابه
الى الوقت الذي يتسع لوصول قبول يكون قد صدر في وقت
مناسب ، وفي المناقصات يلتزم مقدم العطاء بالبقاء على إيجابه الى الوقت
الذي تقضى فيه المظاريف ففي هذه الصور يوجد ميعاد ضمني
تقضى به طبيعة المعاملة وظروفها .

وعند النزاع في تحديد الميعاد يترك التقدير للقاضي^(٣) ويبقى
الموجب ملتزما بالبقاء على إيجابه المدة التي حددها ما لم يكن قد سقط
برفض الطرف الآخر قبل انقضاء هذه المدة ومن ثم فإن رجوع الموجب

(١) د. السنهوري - المرجع السابق ص ٢٠٠ - مجموعة الأعمال
التحضيرية ج ٢ ص ٣١ .

(٢) يقابله م ٩٣ لبيى وم ٩٤ سوري وم ٨٤ عراقى وم ١٧٩ لبناني
وم ٧٧ سوداني وم ٦٩ كويتي وم ٣٣ تونسي .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٧ .

لا يترتب عليه أثر بحيث اذا صادف الايجاب قبولا قبل حلول الميعاد انعقد العقد والا انتهى مقتضى التزام الموجب بالبقاء على ايجابه .

* * *

● سقوط الايجاب :

الايجاب بوصفه تعبيرا تعاقديا عن الارادة يجوز الرجوع فيه فى أى وقت ما لم يقترن بمدة للقبول صريحة أو ضمنية وفى جميع الحالات وذلك قبل أن يصل الى علم من وجه اليه أى ما دام أنه لم يقترن بالقبول .

ومعنى ذلك أن حالات سقوط الايجاب لا تكون الا بعد أن يكون قد وصل الى علم من وجه اليه ، وهنا يجب التفريق بين حالتين :

الاولى - الايجاب قائم ولكنه غير ملزم :

وهذا لا يتصور الا فى حالة التعاقد بين حاضرين فى مجلس العقد وسقوط الايجاب هنا يكون :

— اذا عدل عنه الموجب قبل انقضاء مجلس العقد وقبل اقتران القبول به .

— اذا انقض المجلس ولو لم يعدل الموجب عن ايجابه ولم يقترن به قبول .

— أن يرفض الموجب له الايجاب سواء أكان رفضا مجردا أو كان قبولا اقترن بما يزيد فى الايجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه وقد يكون ايجابا جديدا يعارض الأول .

الثانية - الايجاب القائم الملزم :

وهذا الايجاب يسقط فى الحالات الآتية :

— انقضاء مدة لزوم الايجاب ، وفى هذه الحالة يصبح الايجاب غير قائم وينتهى الزامه فى وقت واحد^(١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٦

— أن يرفض الموجب له الايجاب فيسقط حتى ولو لم تنقضى
المدة التي يكون فيها ملزما .

فرفض الموجب له للايجاب يسقط الايجاب في جميع الحالات أى
سواء أكان الايجاب ملزما أو غير ملزم .

وإذا سقط الايجاب لأى سبب من الأسباب السابقة فكل قبول
بعد ذلك لا يعتد به على أنه قبول لايجاب سابق ، ولكنه يعتبر
ايجابا جديدا موجها لمن صدر منه الايجاب الأول الذى سقط ، فإذا قبله
من وجه اليه انعقد العقد .

وبعد هذه الجولة الاستطراذية في بيان مسألة الوقت الذى ينتج
منه ووجه اليه التعبير في التعبير ، ومسألة الايجاب الملزم وغير الملزم
فيه التعبير عن الارادة أثره ، ومسألة أثر موت وفقد أهلية من صدر
وحالات سقوطه ، بعد كل ذلك تتحرر المسألة الأساسية في البحث وهى
اتصال الايجاب بالقبول وارتباطهما كشرط من شروط الصيغة في الفقه
الاسلامى وشرط من شروط التراضى أو التعبير عن الارادة في القانون
وفقهه ، وفي هذا الخصوص يذكر فقهاء القانون أن التعاقد اما أن يتم
بين حاضرين في مجلس العقد أو بين غائبين ، وسنتحدث عن هاتين
الحالتين :

١ — حالة ما اذا ضم المتعاقدين مجلس واحد .

٢ — حالة التعاقد فيما بين الغائبين .

أولا — التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد

إذا كان التعاقد بين حاضرين في مجلس واحد ولم يقترن
الايجاب بزمن للقبول ، فإن الايجاب يبقى قائما ويجوز أن يقترن
بالقبول ما دام مجلس العقد لم ينفذ .

● مجلس العقد :

تنص المادة ٩٤ من القانون المدني المصري على أنه :

« ١ - اذا صدر الايجاب في مجلس العقد دون أن يعين ميعاد القبول ، فان الموجب يتحمل من ايجابه اذا لم يصدر القبول فوراً ، وكذلك الحال اذا صدر الايجاب من شخص الى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل .

٢ - ومع ذلك يتم العقد ولو لم يصدر القبول فوراً اذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن ايجابه في الفترة ما بين الايجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد» (١) .

ومجلس العقد الذي يكون التعاقد فيه بين حاضرين يقصد به :

أن يكون الطرفان على اتصال مباشر بحيث لا تكون هناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به (٢) ، أو هو الفترة الزمنية التي تكون بعد الايجاب والطرفان فيها مقبلان على التعاقد دون اعراض عنه من أحدهما وذلك ما لم يعين الايجاب موعداً للقبول ، فاذا عين له موعداً فالعبرة للموعد لا لمجلس العقد (٣) .

ويتحقق ذلك عادة باجتماع الطرفين في مكان واحد فيكون مجلس العقد حينئذ قد اتحد حقيقة ، وقد يتحقق ذلك رغم اختلاف مكان كل من الطرفين اذا كان بينهما اتصال مباشر يجعل الموجب يعلم بالقبول

(١) يقابل هذا النص م ٩٤ لیبی وم ٩٥ سوری وم ٨٢ و ٩٨ عراقی وم ٨٣ لبنانی وم ١٠٩ ، ١١٣ كويتی وم ٢٧ تونسى .

(٢) د. عبد المنعم الصدة - المرجع السابق ص ١٣٩ .

(٣) أنور العمروسی - المرجع السابق ص ٢١٥ .

فور صدوره وذلك اذا كانا متصلين بطريق التليفون أو بطريق آخر مماثل فيكون مجلس العقد حينئذ قد اتحد حكما .

ويظل مجلس العقد بهذا المعنى قائما طالما كان الطرفان منشغلين بعملية التعاقد ، وينقض اذا صرف المتعاقدين أحدهما أو كليهما عن التعاقد شاغل آخر حتى ولو ظلا يجمعهما مكان واحد .

* * *

● قاعدة فورية القبول في القوانين الحديثة :

اذا اتحد مجلس العقد حقيقة أو حكما فالأصل أو المبدأ العام أن من يوجه اليه ايجاب لم يعين فيه ميعاد للقبول يجب عليه أن يصدر قبوله فورا بمجرد صدور الايجاب حتى يرتب أثره والا كان للموجب أن يتحلل من ايجابه ويعتبر ان الطرف الآخر قد رفضه فسقط^(١) . وهذا المبدأ المأخوذ به في القوانين الحديثة يقتضى أن الايجاب لا يكاد يقوم حتى يسقط وما يترتب على ذلك من ضيق وخرج شديد لا ينسجم ومتطلبات واقع المعاملات .

* * *

● الأخذ بالشرعة الاسلامية في اتحاد مجلس العقد :

نظرا للنت والضييق والخرج الذى تسببه قاعدة الفورية السابقة أخذ القانون المدنى المصرى وأغلب القوانين العربية بما ذهب اليه الفقه الحنفى على وجه الخصوص ، وبنظرية الشريعة الاسلامية كما تعبر بذلك مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى والتي جاء فيها : « ان الايجاب اذا وجه لشخص حاضر وجب أن يقبله من فوره

(١) م ٤ من تقنين الالتزامات السويسرى وم ١/١٤٧ من التقنين الالمانى وم ٢٣ من القانون المدنى المغربى التى تنص على أن « الايجاب الموجه لشخص حاضر من غير تحديد ميعاد يعتبر كأن لم يكن اذا لم يقبل على الفور من الطرف الآخر ويسرى هذا الحكم على الايجاب المقدم من شخص الى آخر بطريق التليفون » .

وينزل الايجاب الصادر من شخص الى آخر بالتليفون أو بأية وسيلة مماثلة منزلة الايجاب الصادر الى شخص حاضر .

وقد أخذ المشروع في هذه الصورة عن المذهب الحنفي قاعدة حكيمة ، فنص على أن العقد يتم ولو لم يحصل القبول فور الوقت ، اذا لم يصدر قبل افتراق المتعاقدين ما يفيد عدول الموجب عن ايجابه في الفترة التي تقع بين الايجاب والقبول ، وقد رأى من المفيد أن يأخذ المشروع في هذه الحدود بنظرية الشريعة الاسلامية في اتحاد مجلس العقد^(١) .

وعلى ذلك فاذا اتحد مجلس العقد وأصدر الموجب ايجابا فليس من الضروري لتمام العقد أن يكون القبول فور صدور الايجاب وانما يستطيع الموجب له أن يتدبر أمره فترة من الزمن ثم يقبل ، ويكون قبوله صحيحا بشرطين هما :

(أ) أن يبقى كل من المتعاقدين منشغلا بعملية التعاقد .

(ب) أن يبقى الموجب على ايجابه فلا يرجع عنه أثناء المدة التي يبقى فيها مجلس العقد قائما وهو ما يعبر عنه بأن يظل الايجاب قائما .

وعلى هذا النحو اذا صدر القبول قبل أن ينفذ المجلس يتم العقد ومع ذلك يكون الموجب له بالخيار بين قبول الايجاب أو رفضه فلا تحتم في القبول ولكن رفض التعاقد أو رفض الايجاب قد تكتنفه ظروف وملابسات تجعل الموجب له ملزما بالقبول والا كان مسئولا عن تعويض الضرر الناشئ عن هذا الرفض مسئولية تقصيرية^(٢) .

ويتحقق ذلك في حالة ما اذا كان الموجب له هو الذي دعا الموجب

(١) الكاساني ج ٢ ص ٤٢ .

(٢) نصت على هذه الحالة المادة ٢/١٨١ من قانون الموجبات اللبناني .

الى التعاقد معه والتطبيقات العملية لذلك كثيرة كالتجار في النشرات والاعلانات وقوائم الأسعار التي يوجهونها الى الجمهور وكأصحاب الفنادق والمطاعم يفتحون أبوابهم للطارق وكأرباب الصناعات يدعون العمال الى العمل في صناعاتهم فاذا استجيبت هذه الدعوة الى التعاقد كانت الاستجابة ايجابيا لا يجوز لمن وجه اليه أن يرفضه لغير سبب مشروع^(١) .

* * *

ثانيا - التعاقد بين غائبين ومجلس العقد

اولا - في الفقه الاسلامي :

مجلس العقد في التعاقد بين غائبين هو محل وصول الكتاب أو تبليغ الرسالة من الرسول .. وقد جاء في الهداية^(٢) :
« والكتاب كالخطاب وكذا الارسال ، حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة » .

● متى يتم العقد في التعاقد بين غائبين :

يقول ابن عابدين^(٣) : « صورة الكتابة أن يكتب : أما بعد ، فقد بعث عبدى فلانا منك بكذا ، فلما بلغه الكتاب قال في مجلسه ذلك : اشتريت . تم البيع بينهما » .

ويقول الكاساني^(٤) : « أما الرسالة فهي أن يرسل رسولا الى رجل ويقول للرسول : انى بعث عبدى بكذا ، فذهب الرسول وبلغ الرسالة فقال المشتري في مجلسه ذلك : قبلت . انعقد العقد » .

(١) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٥ في الهامش ، د. محمد لبيب شنب ص ١١٣ وما بعدها .

(٢) انظر فتح القدير ج ٥ ص ٧٨ ، ٨٢ ، ابن عابدين ج ٢ ص ١٤ ، ١٥ ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٩ ، الفتاوى البزازية ج ٤ ص ٣٦٦ .

(٣) ج ٤ ص ١٤ ، ١٥ . (٤) البدائع ج ٥ ص ١٣٨ .

ونخلص الى أن العقد ينقذ بمجرد القبول وإعلانه طالما لم يرجع الموجب عن إيجابه أى كان الإيجاب باتاً^(١) .
وللمتعاقد الذى بلغه الإيجاب بالكتابة أو الرسالة خيار القبول فى مجلس العقد - فإذا انتهى المجلس سقط الإيجاب ، ومن ثم لا يصح القول بعد ذلك .
على أنه إذا كان الإيجاب كتابة - وقراء المتعاقد الآخر ، ولم يجب حتى انقضى المجلس ثم أعاد قراءته مرة أخرى فى مجلس آخر - وقيل تم العقد لأن الكتاب باق وتكون قراءته فى المجلس الثانى بمثابة ما لو تكرر الإيجاب^(٢) .
وكذلك يجوز للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر فى التعاقد ، وقبل بلوغ الكتاب أو الرسالة سواء علم أو لم يعلم - كما لا يشترط علم الرسول بالرجوع^(٣) .

ثانياً - فى القانون الوضعى وفقهه :

التعاقد بين غائبين هو الذى لا يجمع المتعاقدين فيه مجلس واحد بحيث تكون هناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به فهذه الفترة الزمنية هى التى يترتب عليها التمييز فى التعاقد بين غائبين والتعاقد بين حاضرين فى مجلس العقد .
والتعاقد بين غائبين يتم بالمراسلة أو بأى طريق من طرقها المختلفة كالبريد أو البرق أو رسول خاص لا يكون نائباً أو غير ذلك .

* * *

(١) أنظر أيضاً الشرح الكبير مع النسوقى ج ٣ ص ٣ ط الاستقامة بمصر ، بلغة السالك ج ٢ ص ٣٤٣ ط عيسى الحلبي بالقاهرة : المجموع ج ٩ ص ١٦٧ ط شركة العلماء ، الانصاف ج ٤ ص ٢٦٠ ، المغنى ج ٣ ص ٥٦١ .

(٢) مصادر الحق ج ١ ص ٢٩ .

(٣) أنظر البناني فى حاشية على الزرقانى على الشيخ خليل ج ٥ ص ٦٥ - اذ يشترط سماع الإيجاب من المتعاقد الآخر - الكاسانى ج ٥ ص ١٣٨ ، الشلبى على الزيلعى ج ٤ ص ٤ ، فتح القدير ج ٥ ص ٧٩ .

● تحديد زمان العقد ومكانه وأهمية ذلك التحديد :

إذا كان الذى يميز التعاقد بين غائبين هو الفترة الزمنية التى تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به فإنه يتعين تحديد زمان ومكان انعقاد العقد - فى هذه الحالة - لما يترتب على ذلك من نتائج هامة على النحو التالى :

(١) أهمية تحديد زمان انعقاد العقد :

- ١ - تظهر تلك الأهمية فى تحديد الوقت الذى ينتج فيه العقد آثاره .
- ٢ - لتحديد آثار استحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد تبعاً لما إذا كانت هذه الاستحالة قد تمت قبل انعقاد العقد أم بعد ذلك .
- ٣ - لتحديد نطاق سريان القوافين الجديدة على العقود .
- ٤ - لتحديد بدء سريان تقادم الالتزام المترتب على العقد .
- ٥ - لتحديد الوقت الذى لا يستطيع الموجب بعده أن يعدل عن إيجابه إذا كان الإيجاب غير ملزم .
- ٦ - فى تحديد وقت الطعن على العقد الصادر من المدين وذلك فيما يتعلق بالدعوى البوليصية .
- ٧ - لتحديد وقت نفاذ العقود التى صدرت من تاجر شهر إفلاسه فى حق الدائنين .

(ب) وتظهر أهمية تحديد مكان انعقاد العقد فيما يأتى :

- ١ - فى تحديد القانون الدولى الخاص الواجب التطبيق اذ يتحدد بمكان انعقاد العقد (م ٢٠ مدنى مصرى وكذلك ١٩ مدنى مصرى) .
- ٢ - فى تحديد المحكمة المختصة مكانياً بنظر بعض المنازعات الخاصة بالعقود المتعلقة بمواد تجارية أو بتوريدات أو مقاولات أو أجور مساكن أو عمال أو صناع (م ٥٥ وم ٥٦ مرافعات مصرى) .

ويلاحظ أن القاعدة التي تحدد زمان انعقاد العقد بوقت معين هي قاعدة مكملية لارادة المتعاقدين بمعنى أنها لا تنطبق الا اذا لم يوجد اتفاق على ما يخالفها ومن ثم يستطيع المتعاقدان أن يتفقا عند التعاقد على تحديد الموعد الذي ينعقد فيه العقد ويعتبر فيه تاما .

* * *

● متى يتم العقد ما بين غائبين وفي أى مكان ؟

الأصل أن زمان العقد هو الذى يحدد مكانه وقد يختلف مكان العقد عن زمانه فى بعض الفروض وسنبين موقف الفقه والقانون من ذلك .

١ - الفقه :

لقد ظهرت أربعة مذاهب فى الفقه هي :

الأول : مذهب اعلان القبول : اذ العقد يتم طبقا له باعلان القبول ، وأهم ما يؤخذ على هذا المذهب أن مجرد اعلان القبول لا يتحقق معه توافق الارادتين المطلوب فى العقد .

الثانى : مذهب تصدير القبول : واشترط تصدير القبول فى هذا المذهب حتى يكون الاعلان نهائيا لا رجوع فيه ، ويؤخذ على هذا المذهب أن واقعة ارسال القبول لا تحول دون استرداده كما أنها لا ترتب ثمة أثر قانونى .

الثالث : مذهب استلام القبول : وفقا له يتم العقد حين يصل القبول الى الموجب لأنه حينئذ يصبح القبول نهائيا لا يمكن استرداده ، ويؤخذ على هذا المذهب أن واقعة استلام القبول ليس لها قيمة قانونية طالما أن الموجب لم يعلم بعد بالقبول .

الرابع : مذهب العلم بالقبول : فالعقد لا يتم الا اذا وصل القبول الى علم الموجب فحينئذ يصح قانونا أن يقال ان هناك توافقا فى الارادتين ، ولتلافى صعوبة اثبات العلم بالقبول يعتبر وصول القبول قرينة على العلم به وهى قرينة قضائية تقبل اثبات العكس .

ونظرا لما يترتب على كل مذهب من نتائج مختلفة فيما يتعلق بتحديد زمان ومكان انعقاد العقد فان القوانين منقسمة حول الأخذ بأى تلك المذاهب على النحو التالى .

٢ - القوانين التى تأخذ بمذهب اعلان القبول :

القانون التونسى فى المادة (٢٨) والمغربى فى المادة (٢٤) واللبنانى فى المادة (٨٤) والسورى فى المادة (٩٨) .

— القانون الذى يأخذ بمذهب تصدير القبول : قانون الالتزامات السويسرى م (١٠) .

— القانون الذى يأخذ بمذهب استلام القبول : تقنين الالتزامات البولونى م (٧٠) .

— القوانين التى تأخذ بمذهب العلم بالقبول : القانون الألمانى م (١٣٠) والقانون التجارى الايطالى م (٣٦) والقانون الأسبانى م (٢/٢٦٢) والمشروع الفرنسى الايطالى م (١/٢) والقانون المدنى المصرى فى المادة (٩٧) اذ تنص على أنه :

« ١ — يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك .

٢ — ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان والزمان اللذين وصل اليه فيهما هذا القبول » (١) .

وتحديد ما اذا كان هناك اتفاق ما بين التعاقدين فى هذا الخصوص يعتبر من المسائل الموضوعية التى لا تخضع لرقابة محكمة النقض (٢) .

(١) يقابل هذا النص م ٩٧ لىبى وم ٨٧ عراقى وم ٨١ سودانى انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ج ٢ ص ٥٣ ، ٥٤
(٢) نقض مدنى مصرى جلسة ١٩٦٤/٧/٢ ، مجموعة المكتب الفنى السنة ١٥ ، ص ٨٩٥ .

وفي حالة عدم وجود اتفاق في هذا الشأن اذا كان هناك نص خاص في القانون يحدد الزمان والمكان اللذين يتم فيهما العقد على غير الوجه المتقدم فتتبع هذه النصوص .. مثال ذلك :

ما ورد في المادة (٥٩٩) مدنى مصرى والتي تنص على أن الايجار يتجدد تجددًا ضمناً اذا بقى المستأجر منتفعًا بالعين المؤجرة بعد انتهاء الايجار بعلم المؤجر ودون اعتراض منه ويكون المؤجر هو القابل ضمناً يستفاد ذلك من سكوتة الملابس فيتم التجديد دون حاجة الى أن يعلم المستأجر بأن المؤجر لا يعترض .

فاذا لم يكن هناك اتفاق أو نص خاص انطبق حكم المادة (٩٧) سالف الذكر اذ يعتبر العقد قد تم في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ويعتبر وصول القبول قرينة على العلم به قرينة يجوز اثبات عكسها طبقاً للمادة (٩١) مدنى مصرى .

الا أنه اذا كان الأصل أن يتحدد مكان انعقاد العقد في ضوء زمان انعقاده فانهما قد يختلفان في بعض الحالات كالتعاقد بالتليفون أو بأى طريقة أخرى مماثلة كاللاسلكى ففيه لا يفصل زمان ما بين صدور القبول والعلم به فهو من حيث الزمان بمثابة تعاقد ما بين حاضرين ، ومن حيث المكان فالمتعاقدان في جهتين مختلفتين ومن ثم يعتبر تعاقدًا ما بين غائبين وتجرى فيه أحكامه .

وطبقاً للقانون المصرى يعتبر العقد قد تم في مكان الموجب اذ فيه يحصل العلم بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

● تعقيب :

يقول الأستاذ الدكتور السنهورى : « ان مسائل مجلس العقد في القانون المدنى المصرى مأخوذة من الفقه الاسلامى لأن الفقه الفرنسى لم يعالج هذه المسألة علاجاً خاصاً في حين أولادها الفقه الاسلامى

عناية بالغة فقد استقت المادة (٩٤) مدنى أحكامها من مذاهب الحنفية والمالكية والحنابلة حيث لم تشترط الفورية في القبول بل يمكن أن يتحقق ما دام مجلس العقد قائما على عكس التقنيات الحديثة التي اشترطت الفورية كما هو مذهب الشافعية » .

ويقول أيضا : « ولاشك في أن الوضع على هذا الأساس المستمد من الشريعة الإسلامية قد أصبح وضعا عمليا معقولا ولم تعد الفورية في القبول لازمة بل يجوز فيه التراخي مدة معقولة لا يشغل فيها المتعاقد بغير العقد ويبقى فيها الموجب على إيجابه »^(١) .

وقد استنبط البعض^(٢) من نصوص المذهب الحنفى اشتراط السماع في الإيجاب والقبول ونظرية الاعلان عن الإرادة ، كما استنبط أن الحنفية يعتبرون مجلس علم القابل بالإيجاب هو المجلس الذى يتم فيه العقد .

ويقول الأستاذ الدكتور المرحوم محمد سلام مذكور^(٣) فى معرض رده على هذا رأى : ان رأى الفقهى فى الإيجاب والقبول بالكتابة بين غائبين أن حكمهما يبدأ عقب وصول الكتاب وقراءته ، ومن ثم يرى أن للقابل الحق فى الرجوع عن قبوله قبل علم الموجب بالقبول .

وقد خالف الدكتور على محيى الدين القره داغى^(٤) كلا من الرايين السابقين وذهب الى أن النصوص تشهد على عدم اشتراط علم الموجب بقبول القابل وأن النص الذى اعتمد عليه الأستاذ الدكتور

(١) الوسيط - مصادر الالتزام ص ٢٧٣ ، مصادر الحق ج ٢ ص ٦ .

(٢) د. وحيد الدين سوار - التعبير عن الإرادة ص ٦٠٣ - ٧٠٣ ط أولى - رسالة دكتوراة .

(٣) الفقه الإسلامى ص ٥٣٠ ط ١٩٥٤ ، أيضا د. مصطفى الزرقا - الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ص ١٤ .

(٤) مبدأ الرضا فى العقود ص ١٠٩٨ وما بعدها .

محمد سلام مذكور والذي ورد في حاشية يعقوب على^(١) « وشرط سماع كل من العاقلين عبارة الآخر حقيقة أو حكما لأن الكتاب كالخطاب » هذا النص يدل على أن الأحناف لم يشترطوا السماع على الحقيقة بل يكتفى به حكما عندهم فيما بين الفائيين وأن الكتاب كالخطاب ، فالكتاب بمنزلة الموجب فإذا تلفظ القابل بالقبول فكان سماع الموجب من خلال الكتاب قد تم حكما .

كما أنه في معرض الرد على الدكتور وحيد الدين سوار قال :

« ان السماع الذي تحدث عنه الحنفية واشترطوه انما في التعاقد بالكلام والا فالأحناف أجازوا التعاقد بالاشارة بالنسبة للآخرين وبالتعاطى مع أنه ليس فيهما سماع ، ومن ثم فالسماع ليس من شروط صحة أو انعقاد العقد مطلقا وانما هو مشروط لصحة أو انعقاد التعاقد باللفظ فقط وعلى الحقيقة فهو شرط صحة الكلام ، وحينئذ يجرى فيه الخلاف على هذا الأساس فقد ثار الخلاف عندهم في أصل تحقق الكلام وهو لا بد فيه من أن يكون مسموعا للآخر أم أنه هو نطق الحرف بشكل يسمعه نفسه^(٢) .

وعلى ذلك نصوص الحنفية من كتب متقدميهم الى متأخريهم حيث تذكر هذا الخلاف في جميع التصرفات القولية مما يدل على أن مرجع الخلاف في هذه المسألة ليس الايجاب والقبول فقط وانما الكلام في أصل الكلام نفسه^(٣) .

(١) مخطوط على شرح الوقاية ص ٥١ .

(٢) انظر شرح العناية على الهداية ج ١ ص ٢٣٣ مطبوع بهامش فتح القدير ط دار صادر بيروت ، الهداية مع فتح القدير ج ١ ص ٢٣٣ ، فتح القدير ج ١ ص ٢٣٣ .

(٣) الكاساني - بدائع الصنائع ج ٢ ص ٤٣٧ ، ج ٤ ص ١٩١٥ ، برهان الدين - المحيط البرهاني ج ١ ورقة ١٨١ مخطوط مشار اليه في مبدا الرضا في العقود .

وعلى هذا الأساس فإن السماع شرط لتحقيق الكلام والایجاب والقبول اذا كانا باللفظ ، ومن ثم فاذا كان الایجاب والقبول بغير اللفظ فلا يشترط تحقق شرط السماع عند الجميع ، اذن فادخال شرط السماع باعتباره الشرط الاساسى للتعاقد بين الحاضرين تجافيه الدقة والعمق كما أنه لا يمكن أن يسحب هذا الخلاف الدائر فى الكلام - وبالتالى فى الایجاب والقبول - اذا كان باللفظ على التعبير بغير اللفظ كالكتابة والاشارة ومن ثم فالتعبير بالكتابة أو الرسالة لا يحتاج الى علم الموجب به فيتم العقد فيما بين الغائبين بمجرد قبول من وجه اليه الایجاب كتابة أو رسالة •

وينتهى الدكتور القرة داغى الى أن العقد فى الفقه الاسلامى ينشأ بمجرد اعلان ارادة القبول ، وأن من شرط السماع يريد به ظهور الكلام بحيث يمكن سماعه لا سماع العاقد بالفعل من المتعاقدين ، وأن من يشترطه يريد به عدم اشتراط السماع بالفعل ، وأنه كما ذهب البعض فان لكل نوع من التعاقد (بين الغائبين أو بين الحاضرين) طبيعة خاصة يكتفى فيها بتحقيق التلاقى بقدر الامكان^(١) أو كما يقول الحنفية : تحقق السماع حقيقة أو حكما ، كما يلاحظ اختلاف طبيعة كل طريق من طرق التعبير فما يشترط فى الكلام قد يكون غير ما يشترط فى الكتابة أو الاشارة أو التعاطى •



● ترجيح :

ولا شك أن التعويل فى تمام العقد على اعلان القبول يتسق مع ما ذهب اليه جمهور الفقهاء فى مجلس العقد فى التعاقد ما بين الغائبين وأنه مجلس بلوغ أو وصول الكتاب أو الرسالة الى الوجه اليه الایجاب (القابل) •

(١) حاشية يعقوب على شرح الوقاية ، مخطوط ورقة ٥١ ، فتح العزيز ج ٨ ص ١٠٣ للرافعى مطبوع بهامش المجموع ط شركة العلماء •

وأن الأخذ باعلان القبول لتمام العقد تحقيق لآثار العقد دون تأخير لا مبرر له بل لم تعد تستجيب له السرعة في المعاملات المعاصرة وبخاصة المعاملات والأعراف التجارية ، وأن الموجب ما بعث بإيجابه إلا وقد انتهى كل شيء من جانبه فقد امتلأ رضاه بالعقد وتصور التراضي ومن ثم فإذا قبله الموجه إليه فقد تم العقد ، ومن ثم فليس هناك مبرر عقلي أو عملي لتأخير انعقاد العقد حتى يعلم الموجب بالقبول والا لوجب الانتظار أيضا حتى يعلم القابل بعلم الموجب بقبوله وهذا هو الدور^(١) . ولا يخفى بطبيعة الحال أن أساس ما انتهت إليه هو اشتراط أن يكون الإيجاب قائما بآلا يكون قد عدل عنه الموجب أو أعرض وذلك عند جمهور الفقهاء ، أو انتهى مجلسه لأنه إذا سقط الإيجاب فلا يتم الاتصال ، حتى ولو تم القبول ، كما يشترط توافق القبول والإيجاب وأن يردا على محل واحد وأوصاف واحدة .



● العقود العينية :

إذا كان العقد في الفقه الاسلامي يوجد بمجرد ارتباط القبول بالإيجاب على نحو ما تقدم ، فإن هناك عقودا لا تتم الا بتسليم العين محل العقد ولا يكفي فيها الإيجاب والقبول ، وهي ما تسمى بالعقود العينية وهي : الهبة - والعارية - والإيداع - والقرض - والرهن . فهذه العقود يشترط القبض لتمامها لأنها تبرع ولا يتم التبرع الا بالقبض - ويستثنى من العقود العينية عقد الوصية ، اذ يتم بمجرد وفاة الموصي وقبول الموصى له ، أو عدم رده بعد الوفاة ، ويصبح المال ملكا له بلا حاجة الى تسليم^(٢) .



(١) من هذا الرأي د. السيد نشأت - التراضي في عقود المبادلات المالية ص ٢٢٤ ط. دار الشروق - رسالة دكتوراة ، د. علي القرعة داغي في رسالته السابقة ص ١١٢٦

(٢) يراجع : المدخل الفقهي العام - د. مصطفى الزرقا ج ١

ص ٣٣٩ ، ٣٤٠ .

المطلب الثانى

طرفا العقد

طرفا العقد من العوامل الأساسية فى تكوين العقد ، وعبارتهما هى ركن العقد المكون له ، وعليها يرتب الشارع الآثار وتبنى الأحكام ، ولكن الناس ليسوا على درجة واحدة فى صلاحيتهم للتعاقد وانشاء العقود ، بل هم متفاوتون فى ذلك تبعا لتوافر الأهلية والولاية ، وعدم توافرها ، وتبعا لمدى تمتعهم بهما ، أو تمتعهم باحدهما دون الأخرى .

الفرع الأول : الأهلية فى الفقه الاسلامى

معناها : صلاحية الانسان أو الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه ، وصلاحيته لصدور التصرفات منه على وجه يعتد به شرعا ، وبعبارة أخرى هى صلاحية الشخص للالتزام والالتزام .

أنواعها : وتنقسم الأهلية بالمعنى السابق الى :

١ - أهلية الوجوب :

هى صلاحية الشخص لأن تثبت الحقوق المشروعة له أو عليه ، وضابط هذه الأهلية أمر قدره الفقهاء وهو ما يسمى بالذمة ، فتكون محلا للحقوق والواجبات ، وعلى ذلك فالذمة صفة شرعية أو أمر تقديرى اعتبارى فرض موجودا ليكون محلا للحقوق وسائر الالتزامات والتكليفات وتثبت للشخص بمجرد وجود الحياة فيه^(١) . وأهلية الوجوب قد تكون كاملة بالمعنى السابق وتثبت للشخص

(١) انظر محمد أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد ص ٣٠٤ ، د. بدران أبو العينين ص ٤٢٢ ، د. شوكت - نظرية العقد ص ٤٩ وما بعدها .

بمجرد ولادته حيا ، وقد تكون ناقصة وهي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له فقط وثبت للجنين قبل ولادته •

ولما كانت أهلية الوجوب بشقيها لا أثر لها في انشاء العقود ، اذ قد يكون الشخص ذا أهلية وجوب كاملة ومع ذلك لا يكون أهلا لانشاء عقد كما في العبد غير المميز لذلك نكتفى بهذا القول •

٢ - أهلية الأداء :

معناها : صلاحية الشخص لأن ينشئ حقوقا ويلتزمها أو هي صلاحيته لأن يلتزم بحقوق ينشئ أسبابها القولية ويوجدتها ، أى هي أهلية المعاملة^(١) بين الناس وصلاحية أقواله لأن تكون أسبابا منشئة للحقوق له وعليه •

وعلى ذلك فالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه ليست لهم أهلية أداء لأن عباراتهم غير صالحة لأن تكون سببا لانشاء حقوق لهم أو لغيرهم •

فالعبرة التي تنشأ بها التصرفات الشرعية هي تلك التي يفهم قائلها معناها ويقصدها والمراد منها في عرف الناس وما يترتب عليها من الآثار في الجملة •

وضابط أهلية الأداء هو العقل والتمييز ، فحيثما وجد العقل ومعه التمييز توجد أهلية الأداء ، وتكون كاملة وناقصة تبعا لكمال العقل ونقصانه •

● أنواعها :

١ - أهلية أداء كاملة وثبت للبالغ العاقل الرشيد الذي لم

(١) انظر : محمد أبو زهرة المرجع السابق ص ٣١٢

يحجر عليه لأى سبب من الأسباب ، ومن كان كذلك كان صالحا
لانشاء جميع العقود والتصرفات المشروعة ، اذ المفروض أنه لا يتصرف
الا عن روية وتفكير .

٢ - أهلية أداء فاقصة أو قاصرة : وثبت لمن كان عنده أصل
تميز ولكن لم يكن عنده كمال فى العقل بأن كان غير بالغ أو كان ناقص
العقل مع وجود التميز أو كان بالغاً عاقلاً ولكن يوجد فى تصرفاته
ما يدل على نقصانه من حيث تديره للمال .

وهؤلاء هم : الصبى المميز ، والمعتوه المميز ، والسفيه ومن فى
معناه وهو ذو الغفلة ، فهؤلاء جميعاً ناقصو أهلية الأداء ، لأن أصل
التمييز عندهم ولكن ينقصهم كمال العقل وحسن التدبير .

الأهلية فى القانون وفقهه

تحدث الفقه القانونى عن الأهلية كشرط من شروط صحة التراضى
وذلك بأن يكون التراضى صادراً من ذى أهلية .

وتعتبر الأهلية من مسائل الأحوال الشخصية التى تطبق على
جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين ، أما الأجانب فتطبق عليهم قوانين
جنسياتهم باعتبار الأهلية من الأحوال الشخصية .

وقد أورد القانون المدنى المصرى أحكام الأهلية فى المواد من ٤٤
الى ٤٨ منه فضلاً عن أحكام الأهلية المتعلقة بالولاية على المال ينظمها
القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال .

ويتحدث فقهاء القانون فى الأهلية عن موضوعين رئيسيين هما :

الأول : التعريف بالأهلية وتحديد نطاقها أو ما يسميه البعض
بالنظرية العامة فى الأهلية^(١) .

(١) د. السنهورى - الوسيط ص ٢٨٣ مرجع سابق .

الثانى : أحكام الأهلية وفيها يتحدثون عن ثلاثة أمور هى :

(أ) تأثير الأهلية بالسن وتدرجها بحسبه •

(ب) تأثيرها بعوامل أخرى غير السن وهى ما يسمونه بعوارض الأهلية •

(ج) موانع الأهلية •

وستؤثر الحديث عن كل موضوع فى موقعه من الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون وفقهه تحقيقا للفائدة المرجوة وأكبر قدر من التمييز بين القانون والفقه الإسلامى فيما نحن بصدده •

* * *

التعريف بالأهلية وتحديد نطاقها

(للنظرية العامة فى الأهلية فى القانون وفقهه)

أنواعها : يميز فقهاء القانون بين نوعين من الأهلية هما : أهلية الوجوب وأهلية الأداء ومن المسلم نديهم أنه اذا أطلقت الأهلية انصرفت الى أهلية الأداء •

١ - أهلية الوجوب (Capacité de Jissance) :

يعرفونها بأنها وصف فى الشخص يقوم على مدى صلاحيته لكسب الحقوق والتحمل بالواجبات وتنقسم الى أهلية وجوب كاملة أو ناقصة بقدر ما يستطيع الشخص أن يكسبه من حقوق ويتحمل به من واجبات^(١) •

وتثبت للشخص من وقت ميلاده حيا بل وقبل ذلك من بعض الوجوه عندما يكون جنينا الى وقت موته ، بل وبعد ذلك الى حين

(١) د. عبد المنعم النصد - مرجع سابق ص ١٩٠

تصفية تركته وسداد ديونه وكذلك الشخص الاعتبارى شخص قانونى تتوفر فيه أهلية الوجوب^(١) .

ويترتب على ذلك أنه اذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت الشخصية معها كالجنين يولد ميتا وكالميت بعد سداد ديونه وكجماعة من الناس ليست لهم شخصية معنوية وكالشركة بعد أن تصفى وكالراهب فى قوانين بعض الطوائف الدينية فما يملكه بعد دخوله سلك الرهبنة عن غير طريق الميراث أو الوصية يكون ملكا للكنيسة لأن شخصيته انعدمت بل لأنه يعتبر نائبا عن الكنيسة فى تملكه هذه الأموال^(٢) .

٢ - أهلية الأداء (Capacité d'exercice) :

ويعرفونها بأنها صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية ، أو لاستعمال الحق .

والتصرف القانونى (Acte Juridique) هو عمل الارادة حين تتجه الى احداث أثر قانونى معين ومن ثم كان قوامه الارادة ، واذا كان ذلك كذلك كانت أهلية الأداء هى صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية^(٣) فان مناط هذه الصلاحية هو « التمييز » ومن ثم فان مدى - أو نطاق هذه الأهلية عند الشخص يتحدد بحسب قدرته على التمييز وهى بذلك ترجع الى اعتبار فى الشخص نفسه ومن ثم يجب التفريق بين انعدام الأهلية لفقدان التمييز وحالات أخرى لا يجوز

(١) د. السنهورى - مرجع سابق ص ٢٨٤

(٢) القوانين لابن العسال ص ٣١٥ ط ١٩٢٧ مشار اليه فى د.

السنهورى - المرجع السابق ص ٢٨٤ وهامش ١

(٣) تقتصر أهلية الأداء على مباشرة الأعمال أو التصرفات القانونية دون الأعمال المادية كالعمل غير المشروع والاثراء بلا سبب اذ لا تستند الى أهلية عند الشخص فيما يتعلق بترتيب آثارها فالأثر الذى يترتب على العمل المادى انما يقع بقوة القانون بصرف النظر عن ارادة الشخص الذى صدر منه العمل ، د. عبد المنعم الصدة - مرجع سابق ص ١٩٣

فيها للشخص أن يتصرف في المال سواء بنفسه أو بنائيه كالمال الموقوف وشرط المنع من التصرف في الهبة أو الوصية خلال مدة معينة ، والمنع القانوني لبعض الأشخاص من إبرام تصرفات معينة كمنع القضاة وأعضاء النيابة والمحامين من أن يشتروا الحق المتنازع فيه .

* * *

● تقسيم التصرفات القانونية بحسب الأهلية :

يقسم فقهاء القانون التصرفات القانونية بحسب تقسيمهم لأهلية الأداء إلى أهلية كاملة أو ناقصة إلى ثلاثة أنواع هي :

- ١ - تصرفات نافعة تقعا محضا وهي التي يثرى من يباشرها دون دفع مقابل كقبول الهبة .
- ٢ - تصرفات ضارة ضررا محضا وهي التي يفتقر من يباشرها دون اخذ مقابل كأعمال التبرع .
- ٣ - تصرفات دائرة بين النفع والضرر وهي التي تحتل بأصل وضعها الربح والخسارة وتشتمل على :
(أ) أعمال التصرف التي تنطوي على تقرير حق عيني للغير على الشيء كالبيع والرهن .

(ب) أعمال الإدارة بشقيها :

- أعمال الإدارة المعتادة وهي التي ترمى إلى استغلال الشيء دون المساس بأصله بحيث تتفق مع ما أعد له الشيء كالإيجار .
- أعمال الإدارة غير المعتادة وهي التي تتضمن تغييرا في الشيء أو تعديلا في الغرض الذي أعد له كإعادة بناء منزل أو البناء في أرض زراعية لإعدادها للاستغلال الصناعي .

وبحسب أهلية الشخص تكون صلاحيته لمباشرة كل أو بعض التصرفات السابق بيانها فإذا كان كامل الأهلية كان صالحا لمباشرة كافة هذه التصرفات والعكس إذا كان عديمها ، وإذا كان ناقص الأهلية

فانه يكون صالحا لمباشرة التصرفات النافعة تقعا محضاً وغير صالح لمباشرة أعمال التبرع وتخضع تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر لأحكام القانون .



● الأصل في الشخص انه كامل الأهلية بنص القانون :

تنص المادة (١٠٩) مدنى مصرى على أن :
« كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون » (١) .

وبناء على هذا النص تكون هناك قرينة قانونية على توافر الأهلية من شأنها القاء عبء اثبات عديمها على من يدعيه فاذا قام الدليل على انعدام الأهلية كان العقد باطلا واذا قام الدليل على نقصها كان العقد قابلا للإبطال وفي هذا تنص المادة (١١٩) مدنى مصرى على أنه :

« يجوز لناقص الأهلية أن يطلب ابطال العقد وهذا مع عدم الاخلال بالزامه بالتعويض اذا لجأ الى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته » (٢) .

وقد يرى القاضى أن خير تعويض هو ابقاء العقد ويكون أساس الالتزام في هذه الحالة العمل غير المشروع لا العقد والطرق الاحتيالية كأن يقدم شهادة ميلاد مزورة .

كما تنص المادة (٤٨) مدنى مصرى على أنه :
« ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها » (٣) .
ومن هنا تكون أحكام الأهلية في القانون وفقهه من النظام العام .



(١) يقابل نص المادة ١٠٩ لىبى ، م ١١٠ سورى ، م ٩٣ عراقى ، م ٩٤ سودانى ، م ١١٧ كويتى ، والفصل الثالث تونس .

(٢) يقابل هذا النص م ١١٩ لىبى ، م ١٢٠ سورى ، م ١٠٤ سودانى

(٣) يقابل هذا النص م ٤٨ لىبى ، م ٥٠ سورى ، م ٥٥ سودانى .

أهلية الأداء الناقصة في الفقه الاسلامي

أولا - الصبي المميز

الصبي المميز هو من له أهلية أداء ناقصة ، ولا يتصور التمييز قبل سن السابعة ، اذ هي السن التي يتصور أن يميز فيها الصبي بين معاني ألفاظ العقود في الجملة ويعرف المراد منها عرفا ، وقد يتجاوز الشخص هذه السن ولا يوصف بالتمييز ما دام لم يعرف معاني العقود ومقتضاها في عرف الناس في الجملة ، وعلى ذلك فضابط التمييز هو هذه المعرفة ، غاية الأمر أنه لا يتصور دون السابعة .

أما نهاية الصبا فهو بلوغ الحلم غير أن تمام أهلية الأداء لا يكون الا ببلوغ الرشد أيضا . وذلك لقوله تعالى :

﴿ وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم ﴾ (١) .

فلنفع المال وأهلية الأداء الكاملة ضابطه أمران هما :

١ - بلوغ النكاح . ٢ - ايناس الرشد .

والشريعة قد جعلت للبلوغ أمارات خاصة هي : الاحتلام ، والانزال للذكر والأثني ، والحيض والحمل للأثني فان لم يوجد شيء من هذه الأمارات والعلامات اعتبر البلوغ بالسن ، وقد اختلف الفقهاء في تقديره : فقدره الشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد من الحنفية بخمس عشرة سنة للذكر والأثني ، وقدره أبو حنيفة بثمانى عشرة سنة للفتى وسبع عشرة سنة للفتاة ، وقدره المالكية بثمانى عشرة سنة تامة ، وقيل بالدخول فيها للذكر والأثني (٢) .

(١) النساء : ٦

(٢) انظر د. محمد شوكت ، نظرية العقد ص ٥٢

وايناس الرشيد لم يعين له الفقهاء سنا معيناً ، وضابطه القدرة على تدبير الأمور المالية واستغلال الأموال استغلالاً حسناً ، ومن هنا يختلف الرشيد تبعاً لاستعداد الشخص وبخلاف البيئات والأوضاع الاجتماعية والاقتصادية والعلمية ونحوها . وفيه يقول القرآن الكريم ﴿ فان أنستم منهم رشداً ﴾ أى صلاحاً فى العقل وحفظاً للمال (١) . وقد يتأخر الرشيد عن البلوغ وقد يصاحبه (٢) .



● عقود وتصرفات الصبي المميز :

أولاً - الشافعية لا يجيزون شيئاً من عقودهم مطلقاً ، أى لا لنفسه ولا لغيره وسواء أذن له وليه أم لا .

(١) تفسير القرطبي ج ٥ ص ٣٧ . ويرى الشافعية ان الرشيد عبارة عن صلاح المال والدين فالمصلحة لماله ان كان فاسقاً لا يكون رشيداً خلافاً للأئمة الثلاثة - انظر معنى المحتاج ج ٢

(٢) وقد اختلف الفقهاء فى مدى انتظار الرشيد : فذهب أبو حنيفة الى ان انتهاء الولاية المالية على الشخص واطلاق التصرف له بمجرد بلوغه ولو كان سفيهاً متلاًفاً ، لكن أمواله اذا بلغ سفيهاً يؤخر تسليمها اليه من باب الاحتياط والتأديب حتى يرشد أو يتم الخامسة والعشرين من عمره ، وجمهور الفقهاء والصاحبان قالوا : يجب استمرار الولاية على الشخص اذا بلغ غير رشيد الى ان يؤنس منه الرشيد . وأبو يوسف يشترط حكم القاضى بحجر السفيه . . انظر كشف الاسرار على البزدوى ج ٤ ص ٣٧١ ورد المختار ج ٥ ص ٩٤ ويذهب د . مصطفى الزرقا الى ان الشريعة قد تركت تحديد سن الرشيد لولاة الامر بحسب مقتضيات الزمن والسياسة الشرعية فى المصالح المرسله - الفقه الاسلامى فى ثوبه الجديد ج ١ ص ٤٥٢ مجلد ١ ط ١٩٥٨ ويحدده القانون الفرنسى والمصرى والكويتى باحدى وعشرين وفيها يكون الشخص أهلاً لأن يتعاطى مهنة التجارة بأنواعها وقد تحدد سن الرشيد فى المملكة السعودية بموجب قرار مجلس الشورى رقم ١١٤ بتاريخ ١٣٧٤ هـ بشماتى عشر سنة هجرية وهى سن الرشيد المدنى والتجارى على حد سواء . . يؤخذ على هذا النص انه ليس كل من بلغ الرشيد يصير رشيداً اذ قد يبلغها سفيهاً أو معتوهاً أو ذو غفلة ومن هنا نرى ضرورة تعديل النص ليصبح على الأقل كل من بلغ (١٨) سنة غير مصاب بعارض من عوارض الأهلية أو الاكتفاء بالشق الأول من المادة .

وحجتهم في ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » (١) .

وجه الدلالة : أن الحديث دل على أن الصبي لا يجب عليه شيء كما يدل على اسقاط أقواله وأفعاله (٢) .

ثانياً — باقى الائمة قالوا بجواز عتوده فى الجملة :

١ — فالحنفية قسموا تصرفات الصبي المميز الى ثلاثة أقسام :

(أ) العقود والتصرفات النافعة نفعا محضا كقبوله الهبة والوصية له ، والانتفاع بالعارية تصح منه سواء أكان محجورا أم مأذونا له ، وسواء أجازها وليه أو وصيه أم لا ، لأنه لا مصلحة فى ابطال مثل هذه التصرفات .

(ب) العقود والتصرفات الضارة بماله ضررا محضا كال تبرعات بجميع أنواعها من هبة أو صدقة أو وقف ، وكذا اقراضه ونحو ذلك لا تصح منه مطلقا (٣) .

(ج) العقود والتصرفات المحتملة للنفع والضرر والربح والخسارة كعقود المعاوضات ، من بيع وشراء واجارة واستئجار ورهن وارتهان ومزارعة ومساقاة فهذه التصرفات يختلف حكمها بالنسبة لحال الصبي :

(أ) فان كان غير مأذون له فانه يتوقف نفاذ هذه العقود والتصرفات على اجازة وليه أو وصيه والا بطلت .

(١) رواه أحمد وأبو داود .

(٢) انظر المجموع للنووى ج ٩ ص ١٥

(٣) استثنى الفقهاء من ذلك اقراض مال اليتيم من القاضى وان كان القرض فيه معنى التبرع ابتداء الا أنه يترتب عليه صيانة مال اليتيم من الضياع ، لأن القرض مضمون على المقرض فى جميع الأحوال ، انظر حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٤٠

والاجازة لا تكون صحيحة الا اذا كان ولى أو وصى المميز يملك
انشاء هذه العقود وانفاذها ابتداء .

(ب) وان كان مأذونا له في التجارة كان له أن يباشر بنفسه من
العقود والتصرفات ما من شأنه أن يباشر التجارة ، وكذا له أن يوكل
غيره في مباشرة هذه التصرفات ، وبمقتضى هذا الاذن تكون عقود
نافذة سواء أكانت بمثل القيمة أو بغبن يسير ، وعند الامام أبى حنيفة
حتى لو كانت بغبن فاحش ، محتجا بأن قصور رأى الصبى اندفع برأى
الولى ، والتحق الصبى بالبالغ وصار بمنزلته ما اذا اندفع ذلك بكمال
رأيه بالبلوغ .

وقال صاحبان : لا تصح عقود وتصرفاته بالغبن الفاحش لأنها
بمنزلة التبرع ، والصبى ليس أهلا للتبرعات ولو بالاذن .

أما العقود والتصرفات التى ليست متعلقة بالتجارة فلا تكون
نافذة الا اذا أجازها الولى (١) .

٢ - ذهب الحنابلة الى صحة عقود وتصرفاته مطلقا اذا أذن له
الولى وبدون الاذن لا يصح شئ منها . أيا كان عقده ولو كان من
التصرفات النافعة نفعا محضا . خلافا لبعضهم .

ويصح عندهم تصرف الصبى - ولو لم يكن مميزا - بدون
الاذن فى الشئ اليسير لأن الخوف من ضياع الأموال مفقود فى
اليسير (٢) .

٣ - وجعل المالكية عقود وتصرفات الصبى المميز تدور مع المصلحة
فان كانت المصلحة فى اجازتها تعين على الولى ذلك .

(١) انظر البدائع ج ٥ ص ١٤٩ ، ١٥٠ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم

ص ١٧٠

(٢) انظر كشاف القناع ج ٢ ص ٧٠٦

والا تعين عليه ردها ، وان استوت المصلحة في الاجازة والرد كان
الولى بالخيار وهم كالحنابله للصبي التصرف فى الشئ اليسير بدون
توقف على اذن الولى (١) .

* * *

● الصبى المميز فى القانون وفقهه :

تعريف : تنص المادة (٤٦) مدنى مصرى على أنه :

« كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن
الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره
القانون » (٢) .

وعلى ضوء هذا النص يعتبر الصبى مميزا من وقت بلوغه سن
التمييز أى سن السابعة الى وقت بلوغه سن الرشد أى احدى وعشرين
سنة ، ونقصان الأهلية هنا بسبب نقصان العقل فى هذه الفترة من
السابعة حتى الاحدى والعشرين سنة ميلادية وان كانت قد توافرت
بعض أسباب التمييز (٣) .

ويلاحظ هنا أن القانون قد ربط ربطا مباشرا بين التمييز والسن
فقرر التمييز لمن هم فى سن السابعة حتى بلوغهم سن الرشد وهى احدى
وعشرين سنة ميلادية مع أن ايناس الرشد قد يكون قبل ذلك ، فقد
يكون مصاحبا للبلوغ ، ومرحلة البلوغ اذن لم يرتب عليها القانون ثمة
أحكام خلافا لمسلك الفقه الاسلامى فى هذا الخصوص اذ اعتبر
التمييز من سن السابعة حتى البلوغ أو الحلم ، فان لم تظهر أمارات
البلوغ فقد وقع خلاف الفقهاء فى تحديد السن التى ينتهى اليها الصبا
على نحو ما تقدم وبذلك يكون الفقه الاسلامى قد رتب الأحكام

(١) الدسوقى ج ٣ ص ٢٩٥ - ٢٩٨

(٢) يقابل هذا النص م ٤٦ لىبى ، م ٤٨ سورى ، م ٥٣ سودانى .

(٣) د. عبد المنعم الصدة - مصادر الالتزام ص ١١٩

على اعتبارات موضوعية تتحقق بها المصالح لا تحديد تحكمى قد تتجاف معه المصالح كما ذهب القانون فى ربط التمييز بالسن ليس الا مع أنه ربط الأهلية بالارادة والقدرة على ابرام التصرفات القانونية واستعمال الحقوق .

* * *

● تصرفات الصبى المميز فى القانون وفقهه :

تنص المادة (١١١) مدنى مصرى على أحكام تصرفات الصبى المميز فتقرر :

« ١ - اذا كان الصبى مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا .

٢ - أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ، ويزول حق التمسك بالإبطال اذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشيد ، أو اذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون «^(١) .

وطبقا للفقرة الثانية من المادة المذكورة فإن أهلية الإدارة وأهلية التصرف وهى الأعمال الدائرة بين النفع والضرر لا يملكها الصبى المميز وانما يتولاها عنه الولى أو الوصى فاذا قام بها الصبى المميز نفسه وقعت قابلة للإبطال ، وهذا الإبطال يطلبه الولى أو الوصى أو المحكمة بحسب ما خوله القانون لكل منهم من سلطة بالتصرف أو الاذن به .

ويستثنى من أحكام المادة (١١١) مجموعة من الحالات أهمها ما يأتى :

١ - الصبى المميز اذا بلغ ١٨ سنة من عمره وأذن له .

(١) يقابل هذا النص مادة ١١١ لىبى ، مادة ١١٢ سورى ، مادة ٩٧ عراقى ، مادة ٩٦ سودانى ، مادة ٢١٦ لبنانى .

وهذه الحالة نصت عليها المادة (١١٢) مدنى مصرى بقولها :

« اذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له فى تسليم أمواله لإدارتها أو تسليمها بحكم القانون كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون »^(١) .

وفىما أذن له فيه الصبى المميز من تصرفات يكون فيها كامل الأهلية وفى التقاضى فيه ولا يحق للولى أو الوصى أن يباشر تصرفا يكون القاصر أهلا لمباشرته فحيثما تتوفر الأهلية ترتفع انولاية^(٢) .

وعلى ذلك فحالات الاذن للقاصر الذى يبلغ ثمانى عشرة سنة فى القانون المصرى هى :

— فى إدارة أمواله (م ١١٢ مدنى) ويصدر الاذن من الولى بأشهاد لدى الموثق أو من المحكمة .

— فى الاتجار (م ٥٧ من قانون الولاية على المال) ويصدر الاذن من المحكمة ويكون لمن أصدر الاذن أن يرجع فيه اذا أساء القاصر التصرف .

٢ — متى بلغ الصبى المميز السادسة عشرة يكون له حق إدارة ماله الذى كسبه من عمله الخاص ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته (م ٦٣ من قانون الولاية على المال) .

٣ — يجوز للصبى المميز أيا كانت سنه أن يتصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من ماله لأغراض نفقته (م ٦١ من قانون

(١) يقابلها المادة ١١٢ لىبى ، م ١١٣ سورى ، م ٩٩ عراقى ، م ٩٧ سودانى ، م ٢١٧ لبنانى .

(٢) د. عبد المنعم الصدة ، مصادر الالتزام ص ٢٠٢

الولاية على المال) كما يجوز له إبرام عقد العمل الفردي والمحكمة بناء على طلب الوصي أو ذي الشأن إنهاء العقد رعاية لمصلحته أو لمصلحة أخرى ظاهرة (م ٦٢ من قانون الولاية على المال) •

٤ - إذا أذنت المحكمة في زواج القاصر الذي له مال سواء أكان ذكراً أو أنثى كان ذلك اذناً له في التصرف في المهر والنفقة ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو في قرار لاحق (م ٦٠ من قانون الولاية على المال) •

• - إذا بلغ القاصر ثمانى عشرة سنة من عمره كان له أن يوصى بإذن المحكمة ، والوصية وإن كانت من التصرفات الضارة ضرراً محضاً إلا أنها لا تنفذ في ماله إلا بعد وفاته وأن للمحكمة سلطة تقدير سلامة التصرف (م ٥ من قانون الوصية) •

* * *

● تعقيب :

من تتبع أحكام عقود وتصرفات الصبي المميز في القانون يتضح تأثيره إلى حد ما بالفقه الإسلامى في تقسيم تلك العقود والتصرفات إلى الثلاثة أقسام السابقة وربطها بمدى أهلية الصبي المميز فيها وهذا التقسيم للتصرفات هو مذهب الحنفية •

ويتلاحظ أن في ربط القانون لبعض تصرفات الصبي المميز بسن معينة في نطاق السن التي حددها لمرحلة التمييز وهى ما بين السابعة والاحدى والعشرين هذا الربط فيه دلالة واضحة على صحة مسلك الفقه الإسلامى في ربط أهلية الصبي المميز بالفترة ما بين السابعة والبلوغ ، ففي تأخرها عن ذلك - ما لم يعترض أهليته عارض آخر - ضرر واضح بمصالحه المالية ولعل ما ذهب إليه القانون من استثناءات دليل واضح على ذلك •

وإذا كان الفقه الإسلامى قد أشبع حالة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وفصل الفقهاء القول فيها على أساس موضوعى

تراعى فيه طبيعة التصرف ومصلحة الصبي المميز وحاله ، ومدار صحة تصرفاته في هذه الحالة هو الاذن السابق أو الاذن اللاحق وبعبارة أدق الاجازة اللاحقة التى تأخذ في اعتبارها تقدير سلامة التصرف وتحقيق مصلحة الصبي المميز المالية منه ، ومن هنا كان اختلاف الفقهاء في صحة أو عدم صحة عقودهم وتصرفاتهم التى فيها غبن فاحش ، ومن هنا أيضا كان التفريق بين التصرفات المتعلقة بالتجارة وغير المتعلقة بها .

وعلى هذا النحو لم يكن الفقهاء بحاجة الى القول بقابلية التصرف للإبطال المنصوص عليه في المادة ١١١/٢ مدنى مصرى .

* * *

ثانياً - المعتوه

العتة آفة توجب خللا في العقل فيصير صاحبه مختلط الكلام فيشبه كلامه كلام العقلاء وبعض كلامه كلام المجانين وكذا سائر أفعاله .

وعلى ذلك فالمعتوه لا يكون الا مميزا لأنه ان كان غير مميز أصلا وكان مغلوبا لا يميز شيئا فهو مجنون^(١) .

● حكم عقودهم وتصرفاتهم :

المعتوه يشبه الصبي المميز ، ومن ثم فحكم عقودهم وتصرفاتهم كحكم عقود الصبي المميز سواء بسواء .

* * *

(١) تفترض الفتاوى الهندية أن العتة قسم مقابل للجنون ، وعلى ذلك فالعتة أحيانا يصحبه تمييز ، وأحيانا لا يصحبه تمييز ، وفي الحالة الأولى يكون كالصبي المميز .

وفي الثانية يكون كالمجنون ، انظر أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ص ٢٢٩ .

ثالثا - السففيه

غلب السفه في عرف الفقهاء^(١) على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع .

للسفيه حالتان - الحالة الاولى : أن يبلغ الشخص سفيها :

اتفق الفقهاء على أنه لا يسلم اليه ماله في هذه الحالة لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ ﴾ (٢) ، وأكثر الفقهاء بعدم تسليم ماله اليه تأديبا وزجرا له ولكن تنفذ تصرفاته^(٣) ما دام بالغا عاقلا . كما أن أكثر الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة ومعهم أبو يوسف ومحمد على أنه يستمر الحجر عليه حتى يرشد ولو بلغ أرذل العمر ، لأن علة نقص الأهلية عندهم هو نقص العقل وعدم القدرة على إدارة شئونه المالية ، خلافا لأبي حنيفة إذ يرى أن الشخص إذا بلغ خمسا وعشرين سنة دفع اليه ماله ولو كان سفيها ما دام عاقلا لأنه بعد هذا السن لا ينفع فيه زجر ولا تأديب .

الحالة الثانية : بلوغ الشخص رشيدا ثم يطرا عليه السفه بعد ذلك :

(١) السفه في اللغة : الخفة . وفي الشرع : عبارة عن خفة تعتري الانسان تحمله على العمل بخلاف موجب العقل والشرع . وهذا التعريف يتناول ارتكاب جميع المحظورات كالزنا والسرقه وشرب الخمر . فالفاسق يسمى سفيها وان لم يكن مضيعا لامواله الا أن السفه في اصطلاح الشافعية هو من لا يحسن القيام على تدبير ماله .
(٢) النساء : ٥

(٣) يذكر الشيخ أبو زهرة انه روى عن أبي حنيفة أن الشخص إذا بلغ سفيها استمر الحجر عليه فمنع من ماله ولا تنفذ تصرفاته فيه وأن ذلك هو الراجح . خلافا لما جاء في نظرية العقد د. محمد شوكت ص ٥٧ ، وما جاء في د. بدران أبو العينين بدران ، نظرية الملكية والعقد ص ٤٤٣ ، يراجع نظرية الملكية والعقد أبو زهرة ص ٣١٩ .

أكثر الفقهاء (منهم الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد ومعهم أبو يوسف ومحمد) على أنه يحجر عليه ويصير ناقص الأهلية بالنسبة للتصرفات المالية الخالصة .

وذهب أبو حنيفة وبعض الفقهاء كإبراهيم النخعي ومحمد بن سيرين الى أنه لا يحجر عليه مطلقا وتنفذ جميع تصرفاته (١) .

* * *

● متى يبدأ الحجر على السفیه ومتى ينتهى :

من قال بالحجر على السفیه على نحو ما تقدم اتقسم الرأى عندهم فى الوقت الذى يبدأ فيه الحجر والوقت الذى ينتهى فيه .

فذهب الشافعى وأحمد وأبو يوسف ومالك وجميع أصحابه غير ابن القاسم الى أن الحجر يبدأ من وقت حكم القاضى بالحجر ، ولا ينفك عنه الا بحكم القاضى أيضا . وعلى ذلك فعقوده وتصرفاته قبل قضاء القاضى بالحجر نافذة ، وتصرفاته قبل قضاء القاضى برفع الحجر غير نافذة .

وذهب محمد بن الحسن من الحنفية وابن القاسم من المالكية الى أن الحجر يبتدىء من وقت اسرافه وتبذيره فى أمواله ، أى يصير محجورا بنفس السفه ولو لم يحكم القاضى بالسفه ، لأن علة الحجر

(١) أدلة أبو حنيفة فى عدم الحجر على السفیه واعتباره كامل الأهلية خلافا لسائر الأئمة حيث اعتبروا السفه مؤثرا فى أهلية الأداء بالقصور والنقص ، مبسوطه فى كشف الأسرار ج ٤ ص ١٤٨٩ وما بعدها ، فتح القدير ج ٧ ص ٣١٤ ، الزيلعى ج ٥ ص ١٩٢ ، القرطبى ج ٥ ص ٣٠ وما بعدها ، أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٧٦ ، أحكام القرآن لابن العربى ج ١ ص ٢٣٤ ، نيل الأوطار للشوكانى ج ٥ ص ٣٦٨ ، محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ص ٣٢٠ وما بعدها ، المبسوط ج ٢٤ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٦٩ ، المغنى ج ٤ ص ٤٥٦

هى السفه والتبذير فى ماله فحينما وجدت العلة وجد المطلوب
فلا حاجة الى قضاء القاضى ، وكذلك ان رشد السفه اهلك
الحجر عنه بنفس الرشد بدون حاجة الى قضاء القاضى (١) .

* * *

● العقود والتصرفات التى يحجر فيها على السفه :

من قالوا بالحجر على السفه اختلفوا كذلك فيما بينهم فى
العقود والتصرفات التى يكون محجورا بالنسبة لها والتى لا يكون .

وفى هذا الخصوص يرى أبو يوسف ومحمد أن السفه كالهزل ،
ومن ثم فالتصرفات التى لا تحتل الفسخ ولا يؤثر فيها الهزل تصح
من السفه كما تصح من الهزل ما دامت مكتملة لشروطها وأركانها
الشرعية . فيصح نكاحه وطلاقه وعتقه ويمينه ونذره ، الا أنه بالنسبة
لعقد النكاح يكون السفه محجورا عليه فيما زاد على مهر المثل .

أما التصرفات التى تحتل الفسخ وتبطل بالهزل كالبيع والاجارة
والمضاربة والمزارعة والمساواة والشركة فحكم السفه فيها كالصبي
المميز على نحو ما تقدم عند الخنفية (٢) .

(١) ادلة الفريقين فى وقت الحجر وانتهائه مبسطة فى القرطبى
ج ١٥١ ص ٣٢٠ ، والزيلعى ج ٥ ص ١٩٥ ، وكشف الأسرار ج ٤
ص ١٤٩ ، وكشاف القناع ج ٢ ص ٢٢٦ ، د. محمد شوكت ، نظرية
العقد ص ٥٩ وما بعدها .

(٢) وقد لخص « محمد بن الحسن » الأمور التى يخالف فيها
السفه الصبي المميز فقال : « المحجور بمنزلة الصبي الا فى أربعة .
أحدها : ان تصرف الوصى فى مال الصبي جائز وفى مال المحجور عليه
باطل ، والثانى : ان اعتاق المحجور وطلاقه وتديره ونكاحه جائز ومن
الصبي باطل ، والثالث : المحجور عليه اذا أوصى بوصية جازت وصيته
من ثلث ماله ومن الصبي لا تجوز ، والرابع : جارية المحجور اذا
جاءت بولد فادعاه يثبت نسبه منه ومن الصبي لا يثبت ، انظر كشف
الأسرار ج ٤ ص ١٤٩٢ ، تكملة فتح القدير ج ٧ ص ١٨٠ ، الزيلعى
ج ٥ ص ١٩٦ - ١٩٨ .

واستثنى الفقهاء من ذلك وصاياهم في وجوه الخير والبر فانها
تصح استحسانا لا قياسا لأنها لا تنفذ الا بعد مماته •
ودهب الشافعية الى أن تصرفاته وعقوده المتعلقة بالأموال
لا يصح شيء منها ولا تنفذ ولو أذن الولي في الأصح عندهم
الا في النكاح خاصة فانه يجوز باذن الولي •
أما التصرفات غير المالية^(١) فانها تصح منه •
أما الحنابلة : فيذهبون الى أنه لا يصح شيء من عقوده
وتصرفاته المتعلقة بالأموال الا باذن الولي • واستثنوا عقد النكاح
فقالوا يجوز لنفسه أن يتولاه بنفسه لنفسه اذا كان محتاجا
اليه وامتنع الولي من تزويجه •
أما التصرفات غير المالية فانها تصح منه^(٢) •
والمالكية يربطون عقوده وتصرفاته بالمصلحة فحينما وجدت
أجازها الولي والا تعين عليه ردها ، وقالوا بصحة طلاقه واستلحاق
نسبه ونفيه بلعان ويقتض منه اذا جنى على غيره في نفس أو جرح
ويصح اقراره بالعقوبات^(٣) •

* * *

رابعاً - ذو الغفلة^(٤)

هو الذي لا يهتدي الى التصرفات الربحية ، فيغيب في المعاملات
المالية لبساطته وسهولة خدعه ومن هنا كان وجه التشابه بينه

(١) كالطلاق والخلع والظهار والايلاء واققراره بالحدود والقصاص ،
أما اقراره بدين أو بجناية توجب دفع المال فلا يصح ، انظر مغنى
المحتاج ج ٢ ص ١٦٠ - ١٦١ •

(٢) كشف القناع ج ٢ ص ٢٢٦ - ٢٢٧ •

(٣) الدسوقي - على الشرح الكبير ج ٣ ص ٢٩٥ - ٢٩٨ •

(٤) قد يعبر عن ذى الغفلة بالضعيف ولعله المراد من الضعيف
في قوله تعالى : ﴿ فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع
أن يمل هو فليمل وليه بالعدل ﴾ (البقرة : ٢٨٢) انظر محمد أبو زهرة ،
الملكية ونظرية العقد ص ٢٢٨

وبين السفه وهو فساد التقدير وسوء التدبير واتلاف الأموال
ولذلك اعتبر حكمهما واحد ، اذ أن كلا من السفه والمغفل لا يؤثر
السفه والغفلة على أهليتهما لأن كمال الأهلية تابع لكمال العقل
والسفه والمغفل عقلهما كامل .

ولكن يظهر الفرق بينهما في أن السفه كامل الإدراك ، لكنه
مكابر في اندفاعه في اتلاف المال مما يجعله ضعيف الإرادة أما ذو
الغفلة فضعيف الإدراك (١) .

وعلى ذلك فالصبي المميز والمعتوه والسفه وذو الغفلة يعتبرون
فاصرى الأهلية ومن عداهم من الأشخاص المميزين يعدون كاملى
الأهلية ، فكل شخص بالغ عاقل رشيد له أهلية أداء كاملة سواء أكان
ذكرا أم أنثى وسواء أكان صحيحا أم مريضا ما دامت قواه العقلية
سليمة .



● المعتوه والسفه وذو الغفلة في القانون وفقهه (عوارض الأهلية) :

تعريف : يتحدث فيها فقهاء القانون باسم عوارض الأهلية أو تأثير
الأهلية بعوامل أخرى غير السن ، ويذكرون أنها أمور تعرض للشخص
فتؤثر على التمييز عنده وبالتالي على أهليته ، وقد تظهر على
الشخص بعد بلوغ سن الرشد فتعدم أهليته أو تنقصها وقد
تظهر عليه قبل بلوغ الشخص سن الرشد فتؤدى الى الحكم
باستمرار الولاية أو الوصاية عليه .

وعوارض الأهلية في فقه القانون اما عاهات تصيب العقل وهى
الجنون والعتة ، أو عاهات تفسد التدبير وهى السفه والغفلة .

وعوارض الأهلية في القانون المدنى المصرى لا تعدم الأهلية

(١) انظر بدران أبو العينين بدران ، الملكية ونظرية العقد ص ٤٤٣ .

أو تنقصها إلا بتوقيع الحجر اذ تنص المادة (١١٣) مدني مصرى
على أنه : « المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة
وترفع الحجر عنهم وفقا للقواعد والاجراءات المقررة في القانون »^(١)
وهذا هو قانون الولاية على المال •

* * *

● حكم المجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة في القانون وفقهه :

١ - المجنون :

المجنون اضطراب في العقل يجعل الشخص فاقد التمييز ، ومن ثم
فان تسرفاته القانونية تقع باطلا وعلى ذلك تنص المادة (١١٤) مدني
مصري^(٢) :

« ١ - يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه اذا صدر التصرف
بعد تسجيل قرار الحجر •

٢ - أما اذا صدر التصرف قبل قرار الحجر فلا يكون باطلا
إلا اذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان
الضرر الآخر على بينة منها » •

واذا قامت حالة الجنون عند الشخص قبل بلوغ سن الرشد
حكمت المحكمة باستمرار الولاية أو الوصاية عليه ، واذا طرأت حالة
الجنون عند الشخص بعد بلوغ سن الرشد يحجر عليه وتقيم المحكمة
قيما لإدارة أمواله •

وتقع تصرفات المجنون بعد تسجيل قرار الحجر باطلا ، وقبل
تسجيل قرار الحجر تكون صحيحة ما دامت حالة الجنون غير شائعة

(١) يقابل هذا النص مادة ١١٣ ليبي ، م ١١٤ سوري ، م ٩٤ ، ٩٥
عراقي ، م ٩٨ سوداني ، م ١١٩ كويتي •
(٢) يقابله مادة ١١٤ ليبي ، م ١١٥ سوري ، م ٩٩ سوداني •

وغير معروفة من الطرف الآخر فاذا كانت شائعة بحيث يكون في وسع الطرف الآخر أن يعلم بها أو كانت معروفة لديه كان التصرف باطلا حتى ولو كانت قبل تسجيل قرار الحجر .

ولا تعود للمجنون أهليته الا بقرار رفع الولاية أو الوصاية أو الحجر بناء على زوال الجنون ، وقبل ذلك تكون جميع تصرفاته باطلة حتى ولو صدرت في فترة الافاقة .

٢ - المعتوه :

العتة كالمجنون خلل يصيب العقل ولكنه يختلف عن الجنون في أنه لا يكون مصحوبا بهياج ، والقانون المصري يعتبر المعتوه كالمجنون في جميع الأحكام فهو فاقد الأهلية مثله ، وتقع تصرفاته باطلة .

٣ - السفية :

السفه تبذير المال على غير مقتضى العقل ومن ثم فهو يصيب التدبير وعلى ذلك فالسفه لا يعدم الأهلية بل يجعل السفية قاصرهما أو ناقصها ، وعلى ذلك نصت المادة (٤٦) من القانون المدني المصري بقولها^(١) :

« كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيا أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون » .

وتنص المادة (١١٥) مدني مصري في هذا الصدد على ما يأتي :

« ١ - اذا صدر تصرف من ذي غفلة أو من السفية بعد تسجيل قرار الحجر سري على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام » .

(١) يقابله م ٤٦ ليبى ، م ٤٨ سوري ، م ٥٣ سوداني .

٢ - أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ « (١) » .

ويراد بالاستغلال في النص المذكور أن يكون الغير عالماً بحالة السفه فيعمل على الاستفادة منها كأن يدفع السفينة إلى تصرفات يستغله بها كي يحصل على ميزات تتجاوز الحد المعقول ، ويراد بالتواطؤ أن يكون هناك حجر يتوقعه السفينة ومن يتعاقد معه فيتم اطمأن على المبادرة إلى إبرام تصرف قبل توقيع الحجر للافلات من أثر هذا الحجر .

وعلى هذا الأساس فإن تصرفات السفينة إذا حجر عليه وكانت نافعة تقعا محضاً صحيحة ، وإذا كانت ضارة ضرراً محضاً كانت باطلة ، وإذا كانت دائرة بين النفع والضرر كانت قابلة للإبطال شأنه في هذا شأن الصبي المميز على التفصيل السابق .

واستثنى القانون من القاعدة السابقة ما يأتي :

١ - يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها بشرط أن يؤذن له في ذلك ، وعلى هذا تنص المادة ١١٦/٢ مدني مصري على أن :

« تكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه المأذون له بتسلم أمواله صحيحة في الحدود التي رسمها القانون » (٢) .

وفي هذا الشأن تنص المادة (٦٧) من قانون الولاية على المال على أنه :

(١) يقابل هذا النص م ١١٥ لبي ، م ١١٦ سوري ، م ١٠٩ ، ١١٠ عراقي ، م ١٠٠ سوداني .
(٢) يقابل هذا النص م ١١٦ لبي ، م ١١٧ سوري ، م ١٠١ سوداني

« يجوز للمحجور عليه لسفه أو الغفلة بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها وفي هذه الحالة تسرى عليه الأحكام التي تسرى في شأن القاصر المأذون » .

وفيما يتعلق بالأذن بممارسة التجارة لم يرد في القانون المدني المصري نص مباشر في هذا الصدد ويذهب البعض ^(١) إلى عدم جواز إعطاء هذا الأذن للسفيه لأن حالة السفه تتجافى مع ما تتطلبه التجارة من اعتدال وتدبير وبصر بحقيقة الأمور .

ويذهب البعض الآخر ^(٢) إلى أن ذا الغفلة والسفيه يحجر عليهما وينصب لهما قيم وتكون أهليتهما بعد تسجيل قرار الحجر ناقصة كأهلية الصبي المميز فتثبت لهما أهلية الاغتناء (التصرفات النافعة نفعا محضيا) وتتقيد أهلية الإدارة وأهلية التصرف بالقيود التي سبق ذكرها في الصبي المميز وتنعدم أهلية التبرع وذلك استنادا إلى نص المادة (١/١١٥) مدني مصري السالف الذكر .

٢ - يجوز للمحجور عليه لسفه من التصرفات الضارة ضررا محضيا الوقف والوصية بشرط أن تأذن له المحكمة في ذلك ، وعلى هذا تنص المادة (١/١١٦) مدني مصري اذ تقول :

« يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحا متى أذنته المحكمة في ذلك » .

وهذا الحكم يسرى بالنسبة للصبي المميز الذي بلغ ثمانى عشرة سنة من عمره بالنسبة للوصية ولكنه لا يسرى بالنسبة إليه فيما يتعلق بالوقف على حين أنه كان الأولى في نظرنا أن يسوى بين الوقف

(١) د. عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق ص ٢٠٩ ، د. حسن كيرة ، المدخل إلى القانون فقرة ٣٠٨ ط ١٩٦٧
(٢) د. السنهوري ، الوسيط ج ١ ص ٣٠١ ، ٣٠٢ ، وأحكام النقض المشار إليها فيه .

والوصية اذا كانا على الأقل في وجوه الخير والبر كما هو مسلك الفقه الاسلامى .

وفي هذا الخصوص يتضح أن لكل من القانون وفقهه مسلكه الخاص فى معالجة عقود وتصرفات السفه والذى يختلف عن مسلك الفقه الاسلامى وان كان القانون ورجاله قد تأثروا فى بعض المسائل بالفقه الاسلامى وبخاصة فى تقسيم التصرفات والعقود بحسب الأهلية ومداهها وفى اعطاء مدلول دقيق لمعنى العتة والجنون والسفه والغفلة .

٤ - ذو الغفلة :

حكم ذو الغفلة فى القانون كحكم السفه فى كل شىء .

* * *

● أهلية المرأة والمريض مرض الموت والمدین :

ان المرأة حدث بشأنها خلاف بين الفقهاء فى أمرين هما :

الأول : مدى صلاحية عبارتها لانشاء عقد النكاح ، وبعبارة أخرى هل تصح عبارتها لانشاء عقد النكاح أم لا ؟

الثانى : كمال ولايتها المالية فلم يكتف البعض بالبلوغ والرشد لثبوت أهلية الأداء بالنسبة لها بل اشترط فوق ذلك شروط أخرى .
كذلك المريض اختص ببعض الأحكام لتعلق حق الورثة والدائنين بماله .

وكذلك المدین حصل خلاف فى تصرفاته .

وستتناول هذه المسائل الثلاث بإيجاز شديد موضحين الضوابط الفقهية فى كل منها :

أولا - أهلية المرأة في الشريعة الإسلامية :

تساوى المرأة مع الرجل في الأهلية سواء أكانت أهلية وجوب أم أهلية أداء عند جمهور الفقهاء فلها ذمة صالحة لثبوت الحقوق لها أو عليها ولها ازادة مستقلة تنشئ بها تصرفات يقرها الشرع .

غير أنه بالنسبة لأهلية الأداء ثار الخلاف في أمرين نوجزهما على النحو التالي :

١ - صلاحية عبارة المرأة لإنشاء عقد النكاح وصحة مباشرتها له :

لا خلاف بين الفقهاء على حرية المرأة في اختيار الأزواج فان تعنت أولياؤها وأسائها وعضلواها عمن اختارت رفعت أمرها الى القاضي ليدفع عنها هذا الظلم والايذاء ما دام من وقع عليه اختيارها كفئا لها .

ولكن الخلاف في كون النكاح ينعقد بعبارة المرأة أو لا ينعقد :

يذهب جمهور الفقهاء الى أن عبارتها لا تصلح لإنشاء العقد أصلا وان كان لابد من رضاها ما دامت بالغة رشيدة . وان أقدمت على العقد بعبارتها وقع النكاح باطلا ، ومن ثم فهي بالنسبة لعقد النكاح عديمة الأهلية (١) .

وخالف أبو حنيفة وأبو يوسف في ظاهر الرواية الجمهور وقال : ان النكاح ينعقد بعبارة المرأة الرشيدة فيجوز لها أن تزوج نفسها وتزوج غيرها الا أن يكون الزوج غير كفء فيكون للولى أن يفرق بينهما .

وذهب محمد بن الحسن الى أن النكاح ينعقد بعبارتها موقوفا على اجازة وليها سواء أكان الزوج كفء أم غير كفء . ويروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنهما قالا بعدم انعقاد العقد بعبارتها في غير

(١) انظر فتاوى ابن تيمية - ج ٣ ص ٢٧٠ - احكام القرآن للجصاص ج ١

الكفاء ، واختار بعض المتأخرين الفتوى بهذه الرواية نظرا لفساد الزمان (١) .

٢ - كمال ولايتها المالية :

يرى جمهور الفقهاء أن المرأة البالغة الرشيدة لها أهلية أداء كاملة بالنسبة لأموالها وليس لأحد سلطان عليها في ذلك ، فالمرأة كالرجل بالنسبة للأموال .

خالف مالك ومن وافقه الجمهور في موضعين هما :

(أ) البكر البالغة :

بالنسبة لها يرى مالك استمرار الحجر عليها ولو بلغت رشيدة حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ويشهد العدول على رشدها . ويرى بعض أصحاب مالك أنه أيضا لا بد من مضي سنة بعد الدخول وقيل سنتان ، وقيل ستة ، وقيل سبعة . . هذا في ذات الأب ، أما ذات الوصي فلا ينفك الحجر عنها الا بشرط آخر زائدا عما سبق هو أن ينفك الحجر عنها بالوصي أو المقدم بعد الدخول والا كان تصرفها مردودا (٢) .

(ب) المرأة المتزوجة الرشيدة :

ليس لها أن تتبرع من مالها بغير إذن زوجها بأكثر من الثلث وهو رواية عن الامام أحمد رضى الله عنه (٣) .

(١) الزيلعي ج ٢ ص ١١٧ .

(٢) انظر في الرد على مالك : المحلى - ج ٨ ص ٣١٣ ، ٣١٤ ، انظر

د . محمد شوكت ، نظرية العقد ص ٦٥

(٣) سنده في هذا الرأي ما روى من أن امرأة كعب بن مالك أتت النبي بحلى لها فقال لها النبي ﷺ : « لا يجوز للمرأة عطية حتى يأذن زوجها فهل استأذنت كعبا ؟ فقالت : نعم ، فبعث اليه ﷺ فقال : هل أذنت لها أن تتصدق بحليها ؟ قال : نعم ، فقبله ﷺ . رواه ابن ماجه ، وحديث الرسول ﷺ : « تنكح المرأة لمالها . . . » يراجع المغنى ج ٤ ص ٥١٨ . والحديث الأول ضعفه أكثر العلماء .

وما قال مالك لا يقف أمام عموم النصوص التي جاءت بشأن
الولاية والأهلية وشمولها للذكر والأنثى على سواء .

ثانيا - المريض مرض الموت :

المريض مرض الموت : هو الذى يكون فى حالة يغلب عليه فيها
الهلاك لا محالة ويتوقعه بسبب مرض يؤدى عادة الى الموت غالبا وأن
يتصل الموت بهذا المرض فعلا ، وتكون تصرفاته لخوف الموت المرتقب .
هذا هو الضابط فى مرض الموت ، أما أماراته وأعراضه فقد
اختلف فيها الفقهاء ، فمنهم من قال : أن يكون الشخص صاحب فراش
لا يقوم بحوائجه داخل البيت كما يعتاده الأصحاء ، ومنهم من قال : ان
الشخص لا يستطيع القيام بمصالحه خارج الدار ... الخ (١) .

وقد ألحق الفقهاء بالمريض مرض الموت الأشخاص الذين يكونون
فى حالة تجعلهم يترقبون الموت ويغلب عليهم فيها اليأس على الرجاء
والهلاك على النجاة والحياة . ومن هؤلاء من قدم للقتل قصاصا ، أو
حدا ، ومن ركبوا البحر فتلاطمت الأمواج واضطربت ... الخ ، أما
المرض الذى يطول أمده وأصبح الشخص معه لا يخاف الموت بسببه ففى
هذه الحال يكون المريض كالصحيح .

وهذا أيضا اختلف الفقهاء فى أمارات المرض المزمّن الذى اذا
تقدم أصبح لا يخشى الموت منه ، فمنهم من قال : انه المرض الذى
لا يتزايد يوما بعد يوم بل يستمر على حال واحدة كالشلل ، ومنهم
من قال : انه ما استمر سنه فأكثر من غير أن يزداد (٢) .

(١) ابن عابدين - حاشية المختار على الدر المختار ج ٢ ص ٧٢١ ،
كشف الأسرار ج ٤ ص ٤٢٧ ، فتح القدير ج ٣ ص ١٥٠ ، تبين الحقائق
للزليعى ج ٢ ص ٢٤٨ .

(٢) بهذا أخذت مجلة الأحكام العدلية فى المادة ١٥٩٥ - انظر
الزليعى ج ٢ ص ٢٤٨ ، فتح القدير ج ٣ ص ١٥٥ ، ابن عابدين ج ٥

● عقود وتصرفات المريض مرض الموت :

١ - تعلق حق الدائن وحق الوارث بمال المريض :

يتعلق بأموال المريض مرض الموت حق الورثة وحق الدائنين ولهذا كان ممنوعاً من كل تصرف يؤدي إلى الإضرار بهؤلاء حتى يجزوه مع الأخذ في الاعتبار حقه الشخصي وحاجاته الخاصة في ماله ، فإن كان تصرفه لحاجاته الخاصة وأموره الضرورية التي لا غنى له عنها كان غير ممنوع منه ولو كان يمس حقوق الدائنين والورثة .

والمريض مرض الموت له أهلية أداء كاملة ما دام بالغاً عاقلاً رشيداً إلا أنه لما كان مرض الموت سبباً عادياً في الموت ، والموت سبب في أن يتعلق بماله حقوق الدائنين وأن يثبت بالخلافة حق الورثة في التركة ، لما كان ذلك صار مرض الموت سبباً في تعلق حقوق الدائنين والورثة بالتركة من وقت حدوث ذلك المرض (١) .

ولكن تعلق حق الدائن بمال المريض يقصد به التمكن من الاستيفاء ولذا فهو تعلق معنى لا صورة ، أي لا يتعلق بأعيان الأموال وذواتها وإنما بماليتها وقيمتها . أما تعلق حق الورثة فهو بقصد خلافتهم عن المريض وقد قال أبو يوسف ومحمد أنه يتعلق بمالية التركة لا بأعيانها سواء بالنسبة لتصرف المريض مع الأجنبي أم بالنسبة لتصرفه مع الوارث ، وفصل أبو حنيفة فقال : إن حق الورثة متعلق بمالية التركة فقط بالنسبة لتصرف المريض مع الأجنبي ، أما بالنسبة لتصرفه مع الورثة فحق الورثة متعلق بمالية التركة وأعيانها (٢) .

(١) أنظر كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام ج ٤ ص ١٤٢٧ ،

١٤٢٨ .

(٢) يراجع كشف الأسرار ج ٤ ص ١٤٢٩ ، جامع الفصولين

ج ٢ ص ١٧٨

وان اعطاء الوارث حقا (١) في مال المريض حال حياته انما هو فرض اعتبارى لكى يستقيم الأمر وتتسق المبادئ الفقهية .

٢ - آثار تعلق حقوق الدائنين والورثة في تصرفات المريض :

(أ) تصرفات نافذة ولا تحتاج الى اجازة أحد وهى التصرفات غير المالية التى تكون اشباعا لحاجاته الحيوية ، والتصرفات التى لا تمس رأس مال التركة ولكن تمس منافعها وأرباحها ، ومن هذه التصرفات ما يأتى :

— النكاح بشرط ألا يزيد المهر على مهر المثل وكذا الطلاق ، غير أنه اذا طلقها بائنا من غير رضاها يعتبر فارا وتستحق ميراثها ان مات وهى فى العدة وذلك عند الحنفية ، وذهب أحمد وابن أبى ليلى الى أنها تستحق الميراث ولو اقصت عدتها ما لم تتزوج قبل موته ، وعند مالك ترث دون قيد حتى ولو تزوجت ، وقال الشافعى : لا تستحق الميراث ولو كانت فى العدة (٢) .

— شراء ما يلزم لعلاجه وحاجاته التى لا يستغنى عنها اذا كان الشراء من أجنبى ، أما لو كان من وارث فقيل لا يصح مطلقا ، وقيل يصح ما لم تكن هناك محاباة فى الشراء (٣) .

— العقود على المنافع كالأجارة والاعارة — ومثلها المزارعة والمساواة .

— العقود التى لا تمس رأس المال وانما تتعلق بالأرباح وذلك كعقد الشركة .

(١) ثار الخلاف بين الفقهاء الأحناف — حول طبيعة حق الورثة فالمقدمون يعتبرونه حق ملكية ، والمتأخرون يعتبرونه حق ميراث وخلافة فقط ، انظر البدائع ج ٣ ص ٢٢٠ — ٢٢٢

(٢) انظر الأحوال الشخصية — أحمد ابراهيم ، فتح القدير ج ٣ ص ١٥٠

(٣) انظر جامع الفصولين ج ٢ ص ١٧٩٠

(ب) تصرفات يمنع منها ويحجر عليه منها - وهي :

التصرفات المالية الخالصة التي تمس رأس مال التركة بالنقص اذا كان فيها اضرار بالدائنين وبالورثة ، ففي هذه الحالة يتوقف نفاذها على اجازتهم ان شاءوا أجازوها وان شاءوا أبطلوها بعد تحقق الموت اذ يكون المريض في هذه التصرفات كالفضولى .

وقد قسم الفقهاء أقوال المريض التي تمس حقوق الدائنين والورثة الى قسمين :

القسم الأول - اقرار المريض :

أقوال اخبارية تثبت حقوقا مالية وهذه ان كانت لأجنبى فهي صحيحة وتتأخر عن استيفاء ديون الصحة (١) .

أما ان كانت لوارث فانها لا تنفذ الا اذا صدقه باقى الورثة ويشترط فى الوارث المقر له أن يقوم به سبب الارث عند الاقرار وأن يكون وارثا بالفعل عند الوفاة .

القسم الثانى - تصرفات المريض الانشائية المالية :

وهذه ان كانت لا تقبل الفسخ كالعتق تصدر من المريض فى حكم المعلقة على الموت (٢) ، وان كانت هذه التصرفات تقبل الفسخ كالبيع والشراء ... الخ .. فتقوم على القواعد الآتية :

(١) وهى الديون الثابتة قبل المرض باقراره فى صحته أو التى تثبت بعد المرض بحجج وبيانات أو التى باشر أسبابها وقت المرض وعاينته شهود .

(٢) فاذا اعتق عبده وقد تعلق بمالته حق الغرماء أو الورثة بأن كان الدين مستغرقا أو زادت قيمة العبد على ثلث التركة لم ينفذ العتق فى الحال فاذا مات مولاه عتق وعليه أن يوصى بقيمته للغرماء أو بما زاد على ثلث التركة للورثة .

أولا - ان كانت لوارث لا تنفذ الا بإجازة الورثة (١) .

ثانيا - اذا كانت التركة مستغرقة بالديون :

ففى هذه الحالة يكون حق الدائنين مقدم على حق الورثة ، ويتعلق حق الدائنين بمالية التركة وقيمتها ومن ثم فكل تصرف من المريض يؤثر على مالية التركة بالنقص والضرر يكون موقوفا على اجازة الدائنين والعكس صحيح الا أن الورثة فى هذه الحالة اذا أرادوا استخلاص التركة بقيمتها وكانت مساوية للدين أجبر الدائنون على أخذ القيمة وتسليم التركة ، وان كانت قيمة التركة أقل من الدين لم يكن للورثة استخلاص التركة بقيمتها الا برضا الدائنين .

ثالثا - اذا كانت التركة غير مستغرقة بالديون : كأن لم تكن مدينة أصلا أو كان الدين غير مستغرق وقد استوفى الدائنون حقهم كان للورثة الحق فى ثلثى الباقي من التركة بعد أداء الدين ويمنع المريض من كل تصرف يمس الثلثين ويتوقف على اجازتهم ما زاد على الثلث حق المريض يتصرف فيه بما يشاء .

ويلاحظ بالنسبة لأحكام تصرفات المريض المالية التى تقبل الفسخ أنها لا تكون الا بعد الوفاة ، أما فى حال الحياة فهى صحيحة .

(١) يلاحظ أن أبا حنيفة منع البيع من الوارث ولو بمثل القيمة أو أكثر وأجازه الصحابان اذا لم تكن هناك محاباة . كما يلاحظ انه اذا كان التصرف وقفا فان كان يخرج من الثلث فأصل الوقف صحيح وينفذ ولكن لا تصرف الغلة للوارث الا اذا أجاز الورثة وان لم يجزوا تصرف لهم الغلة على حسب الميراث ويستمر الحكم كذلك ما دام الوارث الموقوف عليه حيا فاذا مات انتقلت الغلة الى ورثته اذا شرط الواقف ذلك وليس لورثة الواقف الأحياء حق فى الغلة حينئذ ، انظر جامع الفصولين ج ٢ ص ١٧٧ ، ١٧٨

ثالثا - عقود تصرفات المدين :

لا يجوز الحجر على المدين عند أبى حنيفة ولا يجوز للحاكم أن يتصرف في ماله ان كان له مال ولكن يجوز له حبسه حتى يبيع ماله ويؤدي ديونه •

وخالف سائر الأئمة أبا حنيفة وقالوا : للحاكم أن يحجر على المدين اذا طلب غرماؤه ذلك واذا حجر عليه تعلق حق الدائنين بماله ويمنع من التصرفات التي تمس حقوقهم وتضر بهم ^(١) • وللحاكم أن يبيع ماله ويقسمه بين الغرماء بالحصص ان لم يف بجميع الدين •

* * *

الفرع الثاني : النيابة في التعاقد في الفقه الاسلامي

أولا - الولاية

سبق القول بأن مناط الأهلية اللازمة لصحة العقد أن تكون عبارة العاقد في ذاتها صالحة لأن تنعقد بها العقود والتصرفات فاذا سلحت عبارة الشخص لأن تنعقد بها العقود كانت لديه أهلية أداء كاملة أو ناقصة ، واذا لم تكن عبارته صالحة لذلك انتفت لديه أهلية الأداء أصلا ومن ثم تكون أهلية الأداء شرط من شروط الانعقاد ^(٢) •

(١) أما التصرفات التي لا تمس حقوقهم فلا يمنع منها فيصح صرقه وخلعه ونحو ذلك كما يجوز له من التصرفات ما يتعلق بذمته فاذا اشترى أو تكفل أو اقترض صح لأنه أهل للتصرف والحجر عليه لحق الغرماء في ماله لا في ذمته لكن ليس لمن تعامل معه الحق في أخذ ديونه الا اذا استوفى الغرماء حقوقهم • ويرى أبو يوسف ومحمد أن البيع اذا كان بثمن المثل يجوز لأن المنع لحق الغرماء وليس في البيع بثمن المثل ابطال لحقهم • انظر تكملة فتح القدير ج ٧ ص ١٧٤ ، مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٣٨ ، المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٥٦ ، كشاف القناع ج ٢ ص ٢٠٩

(٢) انظر د . محمد شوكت ، نظرية العقد ص ٧٧

معنى الولاية : عرفها الفقهاء بأنها سلطة شرعية تمكن من تثبيت له من انشاء العقود والتصرفات وتنفيذها وترتيب آثارها الشرعية عليه^(١) .

● أقسامها :

١ - ولاية ذاتية (٢) :

وهي ولاية الانسان على نفسه وعلى ماله وتكون لكامل الأهلية فكمال الأهلية تثبت معه بالضرورة الولاية التامة على شئون نفسه ويتمكن من مباشرة عقودة وتصرفاته ولا يحد من ذلك الا ما يتعلق بحقوق الغير .

وقد سبق الحديث عنها ونحن بصدد بحث أهلية الأداء .

٢ - ولاية الشخص على غيره :

وهذه قد تكون مستمدة من الشارع ابتداء من غير اقامة أحد .

وهي لا تكون الا للأب أو الجد الصحيح (أبى الأب) على الصغير ومن في حكمه ولا يملك أحدهما التنازل عنها وتستمر حتى يزول سببها .

وقد تثبت الولاية على الغير بطريق النيابة كما في ولاية الوصى الذى أقامه الأب أو الجد أو القاضى .

ولهذا النوع من الولاية ترتيب ، وللولى أو الوصى فيه تصرفات لها شروط روعى فيها مصلحة المولى عليه ليس هنا مجال تفصيلها

(١) انظر كشف الأسرار ج ١ ص ٣٣

(٢) ويسمى البعض « ولاية بالاصالة » كأن يكون الشخص مالكا للمعقود عليه وصاحب الشأن فيه ويكون سببها في هذه الحالة الملك - انظر د . محمد شوكت ، المرجع السابق ص ٦ ، محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد - ص ٣٧٩

فمكانها في الأحوال الشخصية أنسب ، وتنقسم الولاية على الغير الى نوعين هما :

- (أ) ولاية على النفس : وتكون في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه من تعليم وتزويج وغيرها .
- (ب) ولاية على المال : وتكون في التصرفات المتعلقة بالمال مثل ولاية الأب أو وصيه على أموال الصغير .

٤ - ولاية الشخص على العقد بتوكيل من صاحب الشأن :

(الموكل) وهي نوع من الولاية النيابية التي يستمدها الشخص (المولى) ممن أنابه وسنفردها بالبحث فيما سيأتى :

● شروط المولى :

- ١ - أن يكون عاقلا : فلا ولاية للمجنون والصبي غير المميز على نفسه ومن ثم فلا ولاية له على غيره من باب أولى .
- ٢ - اتحاد الدين بين المولى والمولى عليه .
- ٣ - القدرة على التصرفات التي تدخل في ولايته مع كونه أميناً (١) .

* * *

ثانياً - الوكالة في التعاقد

معناها : اقامة الشخص غيره مقام نفسه فيما يملكه . تصرف جائز معلوم قابل للنيابة (٢) . فكل ما يملكه الشخص بنفسه يكون قابلاً للوكالة

(١) اختلف الفقهاء في اشتراط الاستقامة فلم يشترطها الأحناف وبعض الشافعية في الولاية على النفس ، أما الحنابلة : فيشترطون الاستقامة والرشد أيضاً ، انظر الاختيار شرح الدر المختار ج ٢ ص ١٩٨ ، مشار اليه في نظرية الملكية والعقد ، بدران أبو العينين ص ٦١

(٢) أنظر فتح القدير ج ٦ ص ١٠١ ، الهداية ج ٢ ص ١٠٩ ، أنظر المادة ٩١٥ وما بعدها من مرشد الحيران .

فيه^(١) ، وهذا هو الضابط فيما تجوز فيه الوكالة من العقود ، فما لا يملكه الشخص بنفسه لا يملك التوكيل فيه .

شروطها : اشترط الفقهاء لصحة الوكالة شروطا في الموكل وشروطا في الوكيل وشروطا في محل الوكالة .

اولا - شروط الموكل :

الوكيل يستمد ولايته على العقد من الموكل ، ولذا يجب أن يكون الموكل ذا أهلية للعقد^(٢) الذي يعقده وكيله نيابة عنه لأن العقد ينفذ بتسكين الموكل منه .

والضابط في ذلك أن كل شخص ثبت صحة تصرفه في شيء بنفسه جاز له أن يوكل غيره فيه .

ثانيا - شروط الوكيل :

لم يشترط الحنفية في الوكيل الا صلاحية عبارته لأن تنعقد بهما العقود ، وهو أن يكون عاقلا سواء أكان بالغاً أم لا فيصح عندهم أن يكون الصبي المميز وكيلاً عن غيره^(٣) .

واشترط غيرهم أن يكون الوكيل من أهل التصرف فيما وكل فيه بأن لا يكون ممنوعاً منه شرعاً ، ومن ثم فلا يصح توكيل المرأة في عقد

(١) لم يستثن الشرع شيء من العقود والتصرفات الا تلك التي اشترط أن يتولاها ذوي الشأن بنفسه كاستيفاء القصاص من الجاني فقد جعل لوليه سلطاناً فيه دون سواه فلا يقبل التوكيل فيه ومثله الشهادة واليمين وغيرهما مما لا يقبله الشرع الا من الشخص نفسه .

(٢) واشترط استمرار تلك الأهلية أيضاً الى حين انتهاء العقد والا بطلت ولاية الوكيل . انظر الزيلعي ج ٤ ، مغنى المحتاج ج ٢ . والدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ، بداية المجتهد ج ٢ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٠

النكاح ، كما لا يجوز عند الشافعية وكالة الصبي المميز ، وجوز ذلك الحنابلة والمالكية اذا كان الصبي مأذونا له من الولي .

والوكيل يعقد العقود بعبارة هو لا بعبارة الموكل^(١) التي ليس لها دخل في تكوين العقد ، وما يترتب على ذلك انما يتعلق بالوكيل فيكون له الفسخ بخيار المجلس وبالخيار المشروط ، وما عساه يكون عيبا في الرضا انما يتعلق بإرادته هو وغيرها من الأمور التي تتعلق بالرضا ، اذ العبرة في الرضا انما هو رضا العاقد وهو الوكيل في هذه الحالة .

* * *

● الى من يرجع ويتعلق حكم العقد وحقوقه في العقود التي يتولاها الوكيل ؟

حكم العقد هو الأثر الشرعى المترتب عليه لكل من العاقدين قبل الآخر . مثل ثبوت ملكية المبيع للمشتري وثبوت ملكية الثمن للبائع . أما حقوق العقد فهي كل ما اتصل بتنفيذ أحكام العقد ، مثل تسليم المبيع وقبض الثمن وغيرها من الأمور التي يتوصل بها الى تنفيذ حكم العقد وترتيب آثاره عليه ، وحكم العقد يرجع الى الموكل^(٢) الا أنه لو ثبت للوكيل لكان عاقدا لنفسه لا لغيره والغرض خلافه .

أما حقوق العقد فالضابط بشأنها يختلف باختلاف طبيعة العقد نفسه :

١ - فالعقود التي لا تراخى أسبابها عن أحكامها أى تتصل أسبابها بآثارها فورا^(٣) ، وكذا العقود التي لا تتم الا بالقبض ، والقبض

(١) تكملة فتح القدير ج ٦ ص ١٧ ، بدائع الصنائع ج ٦ ص ٣٣ ،

مغنى المحتاج ج ٢ ص ٤

(٢) اختلف الفقهاء في طريقة انتقال الحكم الى الموكل ، هل بطريق الأصالة أم بطريق الانتقال - انظر محمد أبو زهرة ص ١٩٢ وما بعدها .

(٣) مثل النكاح - والخلع - وما يشبهها من العتاق - والطلاق .

فيها جزء متمم للعقد^(١) ، ترجع الحقوق والأحكام فيها الى الموكل ولا يكون الوكيل الا سفيرا أو معبرا أو ناطقا بالعبارة فقط ولا بد من اضافتها الى الموكل .

٢ - أما العقود التي ليس من خواصها ما يمنع من اضافتها الى الوكيل من كل عقد يصح أن يكون صادرا من شخص مع ثبوت الحكم لشخص آخر^(٢) ، فان حكم العقد يكون للموكل وحقوقه للوكيل عند الحنفية والمالكية والشافعية^(٣) .

وذلك اذا كان الوكيل من أهل الضمان^(٤) فان حقوق العقد لا ترجع اليه بل الى الموكل ، ولو أضاف العقد الى نفسه لأن رجوع

(١) مثل الهبة - والقرض - والاعارة - والرهن - والصدقة .

(٢) كالبيع - والإجارة - ونحوهما .

(٣) تذكر كتب الحنفية ان الشافعية على خلاف هذا القول اذ يقولون بأن حقوق العقد كأحكامه ترجع الى الموكل ، انظر المبسوط للسرخسي ج ١٢ ص ٢٠٣ ، تكملة فتح القدير ج ٦ ص ١٧ ، وان كانت بعض كتب الشافعية ، ورد فيها ما يطابق رأى الجمهور من الفقهاء ، انظر مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢١٤

(٤) وذهب الحنابلة الى ان حقوق العقد ترجع الى الموكل ، انظر كشاف القناع ج ٢ ص ٢٣٨ ، شرح منتهى الارادات ج ٢ ص ١٧٨ .

من احكام القضاء المقررة لهذا الحكمى (نقض مدنى جلسة ١٩٥٦/٢/٩ ، السنة ٧ ص ١٦٨ مجموعة المكتب الفنى) حيث قرر انه « متى قررت محكمة الموضوع ان مدينا متضامنا قام بتسوية الدين ونزع ملكية اطيان المدينين الآخرين وشرائها بالمزاد لنفسه وانه او فى مقابل التسوية لحسابهم جميعا من المال المشترك فان النيابة التبادلية فى الالتزامات التضامنية او الوكالة الضمنية التى قررتها تلك المحكمة فى هذه الحالة وتمنع من اضافة الملك الى الوكيل او النائب الراسى عليه المزداد بل ويعتبر رسو المزداد كأن لم يكن الا فى خصوص انتهاء علاقة الدائن بالمدينين المنزوعة ملكيتهم » .

الحقوق اليه ضمان وكفالة وهو لا يملك أن ينشئ الكفالة لأنها تبرع والتبرعات لا تنعقد منه^(١) .

* * *

ثالثا - شروط محل الوكالة

- ١ - أن يكون معلوما للوكيل وتفتقر الجهالة اليسيرة غير المفضية الى النزاع في الوكالة الخاصة ، أما الوكالة العامة فذهب الحنفية والمالكية للقول بصحتها ولو كان محلها مجهولا كأن يقول شخص لآخر : أنت وكيلى فى كل شىء ، وقيدها المالكية بالعرف^(٢) .
- ٢ - أن يكون محل الوكالة من التصرفات الجائزة شرعا .
- ٣ - أن يكون محل الوكالة من التصرفات التى تقبل النيابة^(٣) .

● أنواع الوكالة :

تنقسم الوكالة الى : وكالة عامة - ووكالة خاصة أو وكالة مطلقة - ووكالة مقيدة .

(١) الوكالة العامة :

تكون الوكالة عامة اذا اشتملت على كل أمر يقبل النيابة ،

(١) فان كان صبيا مميزا أو محجورا عليه ، وقد ذهب بعض الفقهاء منهم أبو يوسف فى غير ظاهر الرواية أن لمن تعاقد معه غير عالم بحالة حق الفسخ كالفسخ بخيار العيب ، ولكن المروى فى ظاهر الرواية أنه لا خيار للعاقد مع الوكيل المحجور عليه لأن الجهل هنا ليس بعذر ، انظر البدائع ، ج ٦ ص ٣٤ ، انظر محمد أبو زهرة ، نظرية الملكية والعقد ، ص ٣٩٠ .

(٢) انظر المغنى ج ٥ ص ٩٤ ، مواهب الجليل ج ٥ ص ١٩١ - ١٩٤ ، الهداية ج ٣ ص ١٣٩ .

(٣) فمن التصرفات ما لا يقبل النيابة : وهى التى تكون فيها شخصيه الفرد « الموكل » محل اعتبار كالصلاة ، والصيام ، واليمين ، والشهادة انظر مواهب الجليل ج ٦ ص ١٦ ، ج ٥ ص ٢٠ ، المهذب ج ٢ ص ٣٣٦ ، ومن التصرفات ما يتردد بين قبول النيابة وعدمه ، مثل القصاص ، انظر المغنى ج ٥ ص ٩٢ ، الهداية ج ٣ ص ١٣٦ .

كأن يقول الشخص لآخر : أنت وكيلى فى كل شىء • وقال الحنفية : بصحتها الا أن الوكيل يتقيد عند صاحبين بما تعارف عليه الناس والا كان فضوليا توقف تصرفه على اجازة الموكل ، واستثنى الشافعية بعض التصرفات التى فيها ضرر بالموكل : كالتبرع - والطلاق - والابراء ، فاشتروا النص عليها صراحة من الموكل •

(ب) الوكالة الخاصة :

هى التى يقيد فيها الموكل والوكيل فى تصرف معين - وبعبارة أخرى اذا اقتصرت على أمر أو أمور معينة - مثل أن يقول : أوكلتك فى بيع دارى •

أو هى التى يقيد فيها الموكل الوكيل فى تصرف معين موصوف للوكيل بما وصفه الموكل ومشروط بالشروط التى يريد بها الموكل فى هذا التصرف كأن يقول له : وكلتك فى بيع هذه الأرض بثمان حال قدره كذا أو بثمان مؤجل الى سنة أو مقسط على أقساط سنة • وهكذا

فالوكيل مقيد بما قيده به الوكيل الا أن تكون فى المخالفة نفع للموكل وخير له فينفذ تصرفه فى هذه الحالة لأن الرضا بشىء يعد متحققا بما هو خير منه •

أما اذا كانت المخالفة لا خير ولا نفع فيها فيكون التصرف موقوفا على اجازة الموكل ، لأن الوكيل يكون فضوليا فى هذه الحالة وذلك عند الحنفية •

* * *

نظرية النيابة فى التعاقد فى القانون وفقهه

قد يتعاقد الشخص بنفسه ويعبر عن ارادته فى ابرام عقودة وتصرفاته وهذا هو الأصل وقد ينوب عنه غيره فى ذلك •

والأصل أن النيابة تجوز فى كل تصرف قانونى ، ويستثنى من ذلك التصرفات التى تكون فيها شخصية صاحب الشأن محل اعتبار كعلف اليمين والتوقيع •

وقد استطاع الفقه والقضاء أن يستخلصا نظرية عامة للنيابة ،
والتقنين المدنى المصرى سلك فى ذلك مسلك القوانين الحديثة فأقام
للنيابة نظرية عامة فى المواد من (١٠٤) الى (١٠٨) مدنى •

وفقه القانون على النحو السالف يتحدث فى النيابة فى ثلاث
مسائل هى :

١ - شروط تحقق النيابة •

٢ - آثار النيابة •

٣ - تعاقد الشخص مع نفسه •

١ - تعريف النيابة وأنواعها :

تعرف النيابة بأنها حلول ارادة النائب محل ارادة الأصل بناء
على سلطة تثبت له فى ابرام تصرف قانونى باسم الأصل ولحسابه
بحيث ينصرف الأثر القانونى للتصرف مباشرة فى ذمة الأصل كما
لو كانت الارادة قد صدرت من الأصل^(١) •

والقاعدة العامة هى أن كل عقد يجوز للشخص أن يبرمه بنفسه
يجوز له أن يبرمه بواسطة نائب ، الا ما استثنى كحلف اليمين والتوقيع •

والفقه القانونى الحديث يذهب الى أن التعبير الذى يصدر من
النائب انما هو تعبير عن ارادته هو لا عن ارادة الأصل وذلك بالقدر
الذى لا يتلقى فيه النائب من الأصل تعليمات محددة فينفذها كما
تلقاها ، ففى هذه الحالة الأخيرة يكون معبرا عن ارادة الأصل لا عن
ارادته هو ، والجديد والجدير بالاهتمام هو أن التعبير الذى يصدر
من النائب معبرا عن ارادته هو الا أنه ينتج أثره فى شخص غيره
وهو الأصل •

(١) انظر د. حلمى بهجت بدوى ، أصول الالتزامات ص ٧٥
وما بعدها ، د. أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام ص ٩١
وما بعدها ، د. سليمان مرقس ، مرجع سابق ص ١٥٨ وما بعدها ،
د. أنور سلطان ، مرجع سابق ص ٤٦ ، د. محمد لبيب شنب ، مرجع
سابق ص ٧٧ وما بعدها •

● أنواع النيابة :

يتحدد نوع النيابة بحسب مصدر انشائها والذي يبين حدود سلطة النائب ونطاقها وعلى هذا الأساس اما أن تكون نيابة قانونية أو نيابة اتفاقية •

وفى النيابة القانونية يستمد النائب سلطته من القانون ويحدد القانون الشروط الواجب توافرها فيه كالولى والوصى والقيم والسنديك والحارس القضائى والفضولى والدائن الذى يستعمل حق مدينه أما بالنسبة الى المصدر الذى يضمنى على النائب صفة النيابة فتكون قانونية كما فى الولى ، فالقانون يحدد شخص الولى مباشرة كالأب حيث يعتبر وليا على أولاده القصر بنص القانون دون حاجة الى المحكمة لتعيينه ، وتكون قضائية اذا كانت جهة القضاء هى التى تختار النائب كما فى الوصى والقيم والحارس القضائى^(١) •

وفى النيابة الاتفاقية فان النائب يستمد سلطته من الاتفاق المبرم بينه وبين الأصيل فهذا الاتفاق هو الذى يحدد نطاقها وذلك كالوكالة ، ومن ثم فعقد الوكالة هو الذى يعين الوكيل ويحدد نطاق نيابته ، ولهذا تكون نيابة اتفاقية بالنسبة الى المصدر الذى يحدد نطاقها وبالنسبة الى المصدر الذى يضمنى صفة النيابة •

٢ - شروط تحقق النيابة :

يشترط لقيام النيابة وتحققها توافر ثلاثة شروط هى :

- (أ) أن تحل ارادة النائب محل ارادة الأصيل •
- (ب) أن يكون التعاقد باسم الأصيل لا باسم النائب •
- (ج) ألا يجاوز النائب الحدود المرسومة للنيابة •

(١) د. السنهورى ، الوسيط ص ٢٠٣ هامش ١ ، د. محمد لبيب شنب ص ٧٨ •

(١) حلول ارادة النائب محل ارادة الاصيل :

فالنائب وان كان يتعاقد لحساب الاصيل^١ الا أنه يتعاقد بارادته هو فهو لا يستبعد ارادة الاصيل ومن ثم فلا تكون هناك نيابة الا اذا كانت ارادة النائب تساهم في ابرام التصرف وان اختلف القدر الذي تساهم به ارادة النائب في ابرام العقد من حالة الى أخرى بحسب ما يخول له من سلطة في التقدير والتصرف .

ويترتب على ذلك ما يأتي :

١ - أن عيوب الرضا ينظر فيها الى ارادة النائب لا الى ارادة الاصيل ، فالغلط أو التدليس أو الاكراه يجعل العقد قابلا للإبطال حتى ولو كانت ارادة الاصيل سليمة من هذه العيوب سواء صدرت ضد النائب أو صدر التدليس أو الاكراه منه أو من الاصيل .

٢ - أن حسن النية وسوءها يتلمان عند النائب لا عند الاصيل في الأحوال التي يرتب فيها القانون أثرا على ذلك مثل تعامل النائب مع المدين المعسر وارتباط الطعن في التصرف بالدعوى البوليصية من عدمه بسوء النية من جانب النائب وعدمه .

وقد ينظر في بعض الحالات الى نية الاصيل اذا كان النائب يتعامل وفقا لتعليمات صدرت له من الاصيل^(١) .

وعلى كل ذلك نصت المادة (١٠٤) مدنى مصرى اذ تقول :

« ١ - اذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الاصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الارادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما .

(١) د. جمال مرسى بدر ، دراسات في النظرية العامة للنيابة ،
فقرة ٧ ، د. حلمى بهجت بدوى ص ٧٩ مرجع سابق ، د. أحمد
حشمت أبو ستيت ص ٩٣ ، ٩٤ مرجع سابق .

٢ - ومع ذلك اذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتما أن يعلمها»^(١) .

ويتضح من هذا النص أن الفقرة الأولى منه خاصة بالحالات التي تنفرد فيها ارادة النائب بإبرام التصرف ، وأن الفقرة الثانية خاصة بحالات النيابة الاتفاقية وهي الوكالة التي تشترك فيها ارادة الأصل مع ارادة النائب في إبرام التصرف .

٣ - الأهلية اللازمة للعقد الذي يياشره النائب نيابة عن الأصل ينظر فيها الى الأصل ، فالأخير لا النائب هو الذي يجب أن تتوافر فيه الأهلية للعقد لأنه هو الذي ينصرف اليه أثر العقد .

أما النائب فيشترط أن يكون أهلا لأن تصدر منه ارادة مستقلة لأنه يعبر عن ارادته هو ومن ثم يجب أن يكون مميزا ولو كان قاصرا فاذا كانت النيابة اتفاقية وكان الوكيل قاصرا جاز له أن يطلب ابطال عقد الوكالة فلا يرجع الموكل عليه الا بدعوى الاثراء بلا سبب أو بدعوى الفضالة^(٢) ، أما اذا كانت النيابة قانونية فإن القانون هو الذي يضمنى على النائب صفته وهو الذي يعين أهليته وأهلية الأصل فيجوز أن يكون قاصرا مميزا أو غير مميز كما يجوز أن يطلب من النائب كمال الأهلية ويتحقق هذا في الوصاية والقوامة .

(ب) ان يكون التعاقد باسم الأصل :

لا يكفي أن يكون النائب مميزا عن ارادته في حدود النيابة بل يجب أن يكون تعامله مع الغير باسم الأصل ولحسابه وأن تتوافر نية

(١) يقابل هذا النص م ١٠٤ ليبى ، م ١٠٥ سوري ، م ٨٩ سوداني ومجموعة الأعمال التحضيرية لهذا النص ج ٢ ص ٩٠ - ٩٤ .
(٢) د. حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ص ١١٩ هامش ٢ ،
د. سليمان مرقس فقرة ١١٢ مرجع سابق .

النيابة عند النائب وهذه النية قد يفصح عنها النائب صراحة أو قد تفهم ضمنا من الظروف كما في حالة المستخدم الذي يبيع البضاعة في محل تجارى •

ويجب أيضا أن تتحقق عند الغير الذى يتعامل مع النائب بصفته نائبا عن الأصيل فاذا كان النائب يتعامل باسم الأصيل وكان الغير يتعامل معه فى شخصه ، فالنيابة لا تقوم ولا يتم العقد لا مع شخص النائب لأنه لا يتعامل لنفسه ، ولا مع الأصيل لأن الغير لا يقصد التعامل معه ، ولكن اذا كان النائب يتعامل باسمه والغير يتعامل باسم الأصيل أضيف العقد الى الأصيل فى حالتين هما :

- ١ - اذا كان من المفروض حتما أن الغير يعلم بوجود النيابة •
- ٢ - أو كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الأصيل أو النائب^(١) •

وقد اشتملت المادة (١٠٦) مدنى مصرى على ذلك فقالت :
« اذا لم يعلن التعاقد وقت ابرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا فان أثر العقد لا يضاف الى الأصيل دائما أو مدينا الا اذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب »^(٢) •
واذا تعاقد النائب باسمه فلا تكون هناك نيابة وانما يوجد ما يسميه الفقه الاسم المستعار أو المسخر (Prete — nom) وهذه هى حالة الوكالة التى يتعاقد فيها الوكيل باسمه ، ويضاف أثر العقد الى الوكيل دائما أو مدينا ولا يضاف الى الموكل وتكون الوكالة مقصورة على علاقة الوكيل بالموكل ويرجع الموكل على الوكيل بمقتضى عقد الوكالة الذى تم بينهما^(٣) •

(١) د. حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق فقرة ١٢٩ •
(٢) د. حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق فقرة ١٢٩ •
(٣) نصت على هذه الحالة المادة ٢٢٤ والمادة ٧٩٩ من قانون الموجبات والعقود اللبناني •

(ج) تعاقد النائب في حدود السلطة المخولة له :

لا تنتج النيابة أثرها في حق الأصل إلا إذا كانت في حدود السلطة المخولة للنائب ، وهذه السلطة يرسم حدودها القانون في النيابة القانونية والاتفاق في النيابة الاتفاقية .

فإذا جاوز النائب حدود هذه السلطة فقد صفة النيابة ولا ينتج العمل الذي قام به أثره في حق الأصل ، ولكن يستثنى من ذلك حالتان هما :

١ - ما نصت عليه المادة (١٠٧) مدنى مصرى بقولها :

« إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة فان أثر العقد الذى يبرمه - حقا كان أو التزاما - يضاف الى الأصل أو خلفاؤه » (١) .

٢ - ما نصت عليه المادة (٧٠٣) مدنى مصرى بقولها :

« ١ - الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة .

٢ - على أن له أن يخرج عن هذه الحدود من كان من المستحيل عليه اخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان الا ليوافق على هذا التصرف ، وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بابلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة » (٢) .

(١) يقابل هذا النص م ١٠٧ لىبى ، م ١٠٨ سورى ، م ٩٢م سودانى ، م ١١٩ لبنانى وانقضاء النيابة كأن يعزل الأصل النائب دون أن يعلم بالعزل أو أن يموت الأصل دون أن يعلم النائب بموته فيتعاقد النائب مع الغير دون أن يعلم الغير أيضا بعزل النائب أو بموت الأصل ، د. السنهورى ، الوسيط ص ٢١١ ، ٢١٢ .

(٢) نصت على هذه الحالة م ٧٧٩ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى .

والرأى فى الفقه مستقر على تبرير هذين الاستثنائين على أساس حسن نية الغير الذى تعامل مع النائب أى لا يعلم بمجاوزة حدود النيابة وكانت لديه أسباب قوية تدعوه الى الاعتقاد بأن النائب قد تعاقد فى حدود نيابته^(١) كأن يكون النائب قد خولت له نيابة مستمرة كمدير شركة مثلا وتعاقد معه الغير بحسن نية على هذا الأساس مع أنه فى الواقع ليس كذلك ، وكما لو ترك الأصيل سند النيابة فى يد النائب بعد انتهاء النيابة فتعاقد معه الغير على هذا الأساس أيضا .

ويذهب الدكتور عبد المنعم الصدة الى تبرير آخر لهذين الاستثنائين أساسه أن هاتين الحالتين تتعلقان بمظهر كاذب تسبب الأصيل فى قيامه فاندفع الغير به وتعامل مع النائب على أساسه ، ومن ثم يكون الأصيل قد ارتكب خطأ بتسببه فى قيام هذا المظهر الكاذب الذى يطمئن اليه الغير ويتعامل على أساسه ، ومن ثم فإن هذا يعطى الغير الحق فى الرجوع على الأصيل بالتعويض وقد يرى القاضى أن خير تعويض هو أن يضيف أثر التصرف الى الأصيل ... ويخلص سيادته الى أن :

حسن نية الغير الذى تعامل معه النائب لا يكفى وحده للوصول الى الحل الذى ينتهى اليه فى الحالتين السابقتين وإنما يجب أن يتوفر الى جانبه تقصير من جانب الأصيل وهذا التقصير هو الذى يجعل للغير الحق فى الرجوع بالتعويض^(٢) .

ونحن نرى فى هذا الخصوص أنه من الأوفق التمييز بين الحالتين الواردتين فى المادتين ١٠٧ ، ٣٠٧ مدنى مصرى على النحو التالى :

(١) د. عبد الباسط جمعى ، الوكالة الظاهرة ، بحث فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة ٥ ص ٢٨٣ وما بعدها تصدر عن كلية حقوق عين شمس ، د. السنهورى الوسيط ص ٢١٠ ، د. أنور سلطان ، المرجع السابق فقرة ٤٨ ، د. عبد الحى حجازى المرجع السابق ج ٢ ص ٢٢٢ .

(٢) مصادر الالتزام ص ١٨١ .

ففي الحالة الاولى :

التي يضاف فيها أثر العقد الى الأصيل على أساس أن النائب والغير يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة ، وفي تفسير أساس الاستثناء في تلك الحالة ذهب الفقه الى أن حسن النية لدى الغير مع توافر أسباب قوية لديه تدعوه الى الاعتقاد بأن النائب قد تعاقد في حدود نيابته تنهض مبررا لهذا الاستثناء وهذا التفسير الذي ذهب اليه الفقه لا يناقضه أو يتعارض معه ما ذهب اليه الأستاذ الدكتور عبد المنعم الصدة من أن الأصيل قد تسبب في حصول هذا الجهل لدى الغير والنائب ولكنه يفسر أيضا انصراف أثر العقد في حق الأصيل بالنظر الى الأصيل ، وما ذهب اليه الفقه يفسر انصراف هذا الأثر الى الأصيل بالنظر الى الغير والنائب على أساس حسن النية القائم على أسباب قوية تبرره ، ومن ثم فقد وفر النص القانوني في المادة (١٠٧) الحماية المطلوبة لحسن النية في هذه الحالة بأن أتخذ التصرف في حق الأصيل . وفسر الأستاذ الدكتور عبد المنعم الصدة قيام التصرف في حق الأصيل على أساس من تقصيره ، والجانب الأولى بالرعاية والحماية في هذه المسألة هو الغير والنائب حتى لا يرجع الغير على النائب نفسه بالتعويض ، ومن ثم فالتا نرى أن ما ذهب اليه الأستاذ الدكتور عبد المنعم الصدة تبريرا آخر لقيام أثر التصرف في حق الأصيل بالنظر الى الأصيل وليس تبريرا أو تفسيراً مغايراً لما ذهب اليه الفقه من تبرير حماية القانون لحسن نية الغير والنائب على شرط توافر أسباب قوية لقيام حسن النية لدى النائب والغير .

وعلى ذلك فإن كلا من الرأيين السابقين يقتصر في نظرنا على تفسير حكم المادة (١٠٧) مدني مصري ، أما المادة (٣٠٧) فإن كلا الرأيين لا ينهض مبررا لحكمها وهو ما تفصله في الحالة الثانية .

اما في الحالة الثانية :

التي تضمنها نص المادة (٣٠٧) مدني مصري فانه طبقا للفقرة

الثانية من ذلك النص يكون خروج الوكيل عن الحدود المرسومه لوكالته بناء على حكم القانون نفسه اذا توفر شرطان هما :

- ١ - اذا كان من المستحيل على الوكيل اخطار الموكل سلفا .
- ٢ - واذا كانت هناك ظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان الا ليوافق على هذا التصرف وعلى الوكيل المبادرة بإبلاغ الموكل بهذا الخروج عن حدود الوكالة .

ووجه اختلاف الحكم فى هذا النص عن النص السابق أنه فى هذا النص يسيغ القانون نفسه للوكيل الخروج عن حدود الوكالة ، أما حكم النص فى المادة (١٠٧) فلا يسيغ له ذلك ولكنه ينص على اضافة أثر العقد الى الأصل ، أى أنه يتعلق بأثر التصرف ونتيجته صراحة وان كانت هذه النتيجة من باب أولى فى مفهوم المادة (٣٠٧) التى أجازت للوكيل صراحة الخروج عن حدود الوكالة اذا توفرت الشروط السابق ذكرها ، ومن ثم فان ما ساقه الفقه من تبرير لحكم المادة (١٠٧) سواء بالنظر الى النائب والغير أو بالنظر الى الأصل لا يفيد كثيرا فى تفسير وتبرير حكم المادة (٣٠٧) مدنى وارتباط توافر شروط حكمها بأسباب مستقل قاضى الموضوع بتقديرها .

ونستدل لما ذهبنا اليه أن القانون فى المادة (٣٠٧) أوجب على الوكيل فى هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة وكأنه لم يكن أمامه الا الخروج عن حدود الوكالة حرصا منه على مصلحة الموكل لما غلب على ظن الوكيل بأن الموكل ما كان الا ليوافق على هذا التصرف .

* * *

● اقرار الأصل للعمل الذى جاوز فيه النائب حدود نيابته :

اذا جاوز النائب حدود نيابته ولم ينتج العمل الذى قام به أثره فى حق الأصل فى احدى الحالات السابقة ولم تتوافر شروط القضاة فى هذا العمل اعتبر الأصل أجنيا عن هذا التصرف ورجع الغير على النائب بالتعويض اذا كان له وجه .

أما اذا أقر الأصيل عمل النائب وأجازه انصرف أثر هذا التصرف الى الأصيل بأثر رجعى فيصبح وكأنه قد تم فى حدود النيابة فيتقيد به الأصيل والغير من وقت ابرامه لا من وقت اقراره واجازته •

٣ - آثار النيابة :

اذا توافرت شروط النيابة السابقة فان آثار العقد تضاف الى الأصيل فيعتبر دائنا بالحقوق التى يقررها له العقد ومدينا بالتزامات التى يفرضها عليه العقد •

والقانون اللبنانى والفرنسى يعرفان نوعين من النيابة :

(أ) نيابة يتعاقد فيها باسم الأصيل ولحسابه بقصد اضافة آثار العقد مباشرة الى الأصيل •

(ب) نيابة يتعاقد فيها النائب باسمه ولحساب الأصيل وفى هذه الحالة تضاف آثار العقد الى شخص النائب ثم تنقل الى شخص الأصيل^(١) •

والقانون المصرى لا يعرف الا الصورة الأولى من صور النيابة اذ يشترط لوجودها - على نحو ما سبق - أن تتجه نية المتعاقدين الى اضافة آثار العقد مباشرة الى شخص الأصيل دون أن تمر بذمة النائب^(٢) •

وعلى هذا الأساس فالآثار التى تترتب على النيابة فى القانون المصرى لا شأن للنائب بها وانما يقتصر أثرها على العلاقة بين الأصيل والغير ، وبناء عليه تتحدد العلاقات التى تقوم بين النائب والغير والأصيل •

(١) د. محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ص ٨٠ ، ٨١ •

(٢) انظر فى تفصيل ذلك : اسماعيل غانم ، محاضرات فى النظرية العامة للموجبات ص ١٦١ فقرة ٨٦ ط سنة ١٩٦٣ •

ـ العلاقة بين النائب والغير :

بعد تمام العقد لا تقوم بين النائب والغير علاقة فيما يتعلق بآثار هذا العقد فلا يستطيع الغير أن يطالب النائب بالتزام ناشئ عن العقد إذ لا يقوم في ذمته التزام بالعقد ، ولا يستطيع النائب أن يطالب الغير بحق ناشئ عن العقد إلا إذا ثبتت له النيابة في تنفيذ العقد كما ثبتت له في إبرامه •

ولكن إذا كان النائب لا يلتزم بالعقد فإن هذا لا يمنع من أن يلتزم بخطئه إذا قصر في أداء مهمته •

ـ العلاقة بين النائب والأصيل :

يحددها المصدر الذي أنشأها في الاتفاق أو القانون •

ـ العلاقة بين الأصيل والغير :

تنشأ علاقة مباشرة بين الأصيل والغير طبقاً للمادة (١٠٥) مدنى مصرى والتي تنص على أنه : « إذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الأصيل » (١) •

ويعتبر قيام هذه العلاقة المباشرة بين الأصيل والغير فيما يتعلق بآثار التصرف المرحلة الأخيرة فى تطور فكرة النيابة فى القوانين الحديثة •

ويترتب على ذلك أن الأصيل يكسب ما يترتب على العقد من حقوق ويستطيع أن يطالب بها الغير مباشرة كما يلتزم بما يترتب على العقد من التزامات ويستطيع الغير أن يطالب الأصيل بها مباشرة •

كما يترتب على أن الأصيل هو المتعاقد مباشرة أنه لا يجوز له

(١) يقابل هذا النص م ١٠٥ لىبى ، م ١٠٦ سورى ، م ٩٠ سودانى •

أن ينب عنه غيره فيما لا يجوز له أن يبرمه والا وقع التصرف باطلا ،
فلو كان الأصل قاضيا لا يجوز له أن يشتري الحق المتنازع فيه
فان التصرف الذى يبرمه النائب فى هذا الشأن يعتبر باطلا •
كما ينظر الى الأصل فى تحديد طبيعة الالتزام المدنية
أو التجارية (١) •

● تعقيب وموازنة :

لعله من المفيد أن نذكر فى خصوص آثار النيابة فى القانون وفقهه
موقف الفقه الإسلامى من التفرقة بين ما أسماه حقوق العقد وحكم
العقد ، فجعل حكم العقد ينصرف مباشرة الى الأصل وذلك باعتبار أن
أحكام العقود جعلية فى الفقه الإسلامى وهذا مظهر من مظاهر الصبغة
الدينية للعقود فى الشريعة الإسلامية ، أما حقوق العقد وهى ما يتعلق
بترتيب آثاره وتنفيذ أحكامه ، فالأمر بشأنها يختلف باختلاف طبيعة
العقد ، وأجرى الفقهاء فى الفقه الإسلامى تفرقة دقيقة فى شأن حقوق
العقد بين العقود التى لا تتراخى أسبابها عن أحكامها والعقود التى
لا تتم بالقبض ، فأرجع الحقوق فيها الى الأصل مباشرة وذلك كالنكاح
والخلع والطلاق ... الخ •

أما العقود التى تتراخى آثارها عن أسبابها أو بعبارة أدق : ليس
من خواصها ما يمنع من اضافتها الى الوكيل من كل عقد يصح أن يكون
صادرا من شخص مع ثبوت الحكم لشخص آخر فان حكم العقد
يضاف الى الموكل وحقوقه للوكيل (٢) ، وذلك عند الحنفية والمالكية

(١) انظر د. عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق ص ١٨٢ •

(٢) الا اذا كان الوكيل من أهل الضمان فان حقوق العقد ترجع الى
الموكل ولو أضاف العقد الى نفسه لأن رجوع الحقوق اليه ضمان وكفالة
وهو لا يملك أن ينشئ الكفالة لأنها تبرع والتبرعات لا تنعقد منه ، ويسوى
القانون فى الحكم اذا تعاقد النائب باسمه ولحسابه اذ تنصرف اليه آثار
العقد أيا كانت طبيعته .

والشافعية وذلك كالبيع ، والاجارة ونحوهما ، أما الحنابلة فحقوق العقد عندهم ترجع الى الموكل مباشرة ولعل مذهب القانون المصرى أقرب الى هذا الذى ذهب اليه الحنابلة .

وعلى هذا النحو يتضح تفرد مسلك جمهور الفقهاء فى الشرع الاسلامى فيما يتعلق بحكم العقد وحقوقه فى العقود التى يتولاها الوكيل عن مسلك القانون وفقهه فيما يتعلق بآثار النيابة على نحو ما سبق بيانه تفصيلا .

* * *

الفرع الثالث : تولى عاقد واحد العقد عن الجانبين

(تعاقد الشخص مع نفسه)

أولا - فى الفقه الاسلامى

الأصل فى العقود التى لا تتم الا بتوافق ارادتين أن يتعدد العاقد اذ الشخص الواحد ليس له قدرة شرعية الا فى شطر العقد الذى يتكون من شطرين ، وفى اعتبار العقد منعقدا بعبارة وحدها تحميل لها قوة الشطرين واعطاء الجزء حكم الكل . وهذا هو القياس فى جميع العقود التى تحتاج الى ارادتين .

واستثنى أبو حنيفة وصاحباہ عقد النكاح استحسانا فيجوز فيه أن يكون العاقد واحدا اذا كانت له ولاية العقد من الجانبين^(١) .

وخالف زفر والشافعى ، فالقياس عندهما لا يجيز ذلك اذ أن عقد النكاح يفيد نوعا من التمليك ولا يتصور اجتماع صفتين فى شخص

(١) فاذا كان العاقد فضوليا عن أحد الجانبين فلا ينعقد العقد وكذا اذا كان فضوليا عن الجانبين . وهذا عند أبى حنيفة ومحمد ، ويجوز عند أبى يوسف موقوفا على اجازة صاحب الشأن - انظر الزيلعى ج ٢ ص ١٣٢٠ ، البدائع ج ٢ ص ٢٣٢ ، فتح القدير ج ٢ ص ٤٢٦

واحد ، الا أن الشافعى أجاز انعقاد النكاح بعبارة الواحد في صورة خاصة وهي تزويج الجد بنت ابنه من ابن ابنه اليتيمين للضرورة في ذلك .

أما ما عدا عقد النكاح من عقود المبادلة التي لا تنعقد الا بتوافق ارادتين ، فالأصل فيها كما سبق تعدد العاقد لأن الحقوق فيها ترجع الى العاقد سواء أكان يعقد بالأصالة أم بالنيابة وهي حقوق متقابلة في زمان واحد والقول بغير ذلك يؤدي الى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلما ومتسلما وطالبا ومطالباً وهذا محال ، ولذا لا يصح أن يكون الشخص الواحد وكيلاً من الجانبين في البيع وأشباهه ، ويصلح رسولا ، لأن الرسول لا تلزمه الحقوق ، وكذلك يصح أن يتولى القاضى العقد من الجانبين لأن الحقوق لا ترجع اليه .

واستثنى الفقهاء من هذا الأصل :

١ - شراء الأب مال ولده لنفسه ويبيع ماله من ولده ، وبهذا قال أحمد والشافعى ومالك والأوزاعى وجمهور الحنفية ، والجد كالأب عملة وحكما خلافا لمالك وأحمد^(١) .

٢ - الوصى المختار من الأب أو الجد اذا عقد لنفسه على مال اليتيم اذا كان فيه نفع ظاهر والا فلا ، ومنعه محمد من الحنفية لأن القياس يمنع ذلك ، أما الوصى المعين من قبل القاضى فلا يجوز له ذلك لأنه وكيل عن القاضى والأخير لا يملك ذلك التصرف^(٢) .

ثانيا - تعاقد الشخص مع نفسه فى القانون وفقهه

تنص المادة (١٠٨) مدنى مصرى على القانون من هذه المسألة اذ تقول : « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه

(١) انظر البدائع ج ٥ ص ١٣٦ ، المغنى ج ٥ ص ٢٤٢

(٢) انظر المغنى ج ٢ ص ١٦٤ ، الدسوقى ج ٣ ص ٣٠٠ ، جامع

الفصولين ج ٢ ص ١٥

سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصل ، على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة»^(١) .

وقد جاء في الأعمال التحضيرية^(٢) لهذا النص ما يأتي :
« يتصور أن يتعاقد الشخص مع نفسه في حالتين ، فقد يكون الشخص طرفا في التعاقد لحساب نفسه من ناحية ومتعاقدا بالنيابة عن الطرف الآخر من ناحية أخرى ، وبذلك يتحقق التعارض بين مصالحه الشخصية ومصالح الأصل ، وقد يتعاقد الشخص بصفته نائبا عن الطرفين في آن واحد وفي هذه الحالة يكون عمله أقرب الى معنى التحكيم منه الى معنى النيابة ، وغنى عن البيان أن مصلحة الأصل لا تيسر لها ضمانات الحماية الواجبة في كلتا الحالتين ، ولهذا العلة اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلا للبطلان لمصلحة الأصل ومع ذلك فقد أتيح للأصيل أن يأذن للنائب في التعاقد على هذه الصورة أو أن يقر التعاقد بعد حصوله ، ومن الواضح أن البطلان في هذا الشأن قد أنشئ بمقتضى نص خاص - ويجوز أن تقضى بعض نصوص التشريع أو بعض قواعد التجارة بصحة تعاقد الشخص مع نفسه فمن ذلك إباحة تعامل الولي مع ولده وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، وإباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقا لقواعد القانون التجارى » .

وما ذهبت اليه الأعمال التحضيرية من أن تعاقد الشخص مع نفسه قابل للإبطال لمصلحة الأصل ولذلك ترد عليه الإجازة هو ما ذهب اليه الدكتور السنهورى وقرره في المذكرة الإيضاحية سالفة الذكر ثم تبين له أن تحريم تعاقد الشخص مع نفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هي أن الشخص إذا أناب عنه غيره في التعاقد فهو لا يقصد التوسع في هذه

(١) يقابل هذا النص مادة ١٠٨ لىبى ، مادة ١٠٩ سورى ، مادة

٩٣ سودانى .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٠٥ ، ١٠٦

الانابة الى حد أن يبيح للنائب أن يتعاقد مع نفسه أصيلاً أو نائباً عن شخص آخر لما ينجم عن هذا الموقف من تعارض في المصالح ، على أن هذه القرينة قابلة لاثبات العكس ، فيجوز للأصيل أن ينقضها وأن يرخص مقدماً للنائب في التعاقد مع نفسه ويكون عمله نافذاً في حق الأصيل ، وتنقضى هذه القرينة كذلك اذا وجد نص في القانون أو قضت قواعد التجارة بجواز تعاقد الشخص مع نفسه^(١) . ومثال النص القانوني الذي يجيز هذا التعاقد ما تنص عليه المادة (١٤) من قانون الولاية على المال من أن :

« للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر الا اذا نص القانون على غير ذلك »
ومثال قواعد التجارة التي تجيز هذا التعاقد أنه يجوز للوكيل بالعمولة وكذلك سمسار الأوراق المالية في البورصات أن يباشر هذا التعاقد^(٢) .

● تعقيب وموازنة :

يبين لنا مما تقدم أن القانون المدني المصري والقوانين العربية التي تسير على نهجه تأخذ بالأصل المقرر في الفقه الاسلامي في خصوص تعاقد الشخص مع نفسه وهو المنع أو عدم الجواز مع ايراد الفقهاء لبعض الاستثناءات التي تقتضيها الاعتبارات العملية أو طبيعة العقد وأن بعض هذه الاستثناءات في الفقه الاسلامي تدل على الصبغة الدينية لأحكام الفقه الاسلامي اذ يستثنى بعض الفقهاء عقد النكاح مثلاً وهو من أهم العقود .

(١) د. السنهوري - الوسيط ص ٢١٨
(٢) د. عبد المنعم الصدة - المرجع السابق ص ١٨٨ ، د. عبد الناصر المطار ، نظرية الالتزام ص ١٠٩ وما بعدها ، نقض مدني جلسة ١٩٦٣/١٢/١٩ - السنة ١٤ مدني ص ١١٧٣ ، مجموعة المكتب الفني .

المعقود عليه (محل العقد)

● المقصود به :

المعقود عليه أو محل العقد هو ما يثبت فيه أثر العقد وأحكامه وهو المقصود من العقد وغايته .

والمعقود عليه قد يكون مالا أو أعيانا مالية أو منافع أو عملا^(١) . ويرى البعض^(٢) أن المحل ركن في الالتزام لا في العقد ولكن لا تظهر أهميته الا في الالتزام الذي ينشأ عن العقد ، ومن ثم فالمحل يذكر عادة مقترنا بالعقد .

ويرى البعض^(٣) أن للالتزام محلا وللعقد محل آخر وكل من المحلين يتميز عن الآخر ، فمحل الالتزام هو الأداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن ، أما محل العقد فهو العملية القانونية التي يراد تحقيقها من وراء العقد فاذا كان أثر العقد هو انشاء التزامات فان هذه الالتزامات ترمى في مجموعها الى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد وبذلك يتميز محل العقد عن محل الالتزام كما يخضع كل منهما لأحكام غير التي يخضع لها الآخر ، فقد يكون محل الالتزام في ذاته صحيحا ولكن العقد يقع باطلا لأن العملية القانونية المقصودة منه يمنعها القانون كما في

(١) ولهذا اختلفت أسماء العقود باختلاف محلها فاذا كان المعقود عليه ديناً مالياً سمي بيعاً أو رهناً أو هبة ، واذا كان منفعة سمي العقد اجارة أو اعارة أو نكاحاً ، واذا كان عملاً سمي العقد استعناعاً أو اجارة أشخاص أو مزارعة .

(٢) د. السنهوري - مصادر الحق ج ٢ ص ٦ ، محل الالتزام : هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به .

(٣) د. عبد المنعم الصدة - المرجع السابق ص ٢٧٨ ، د. عبد الحى حجازى - المرجع السابق ج ١ ص ٩٦ ، ٩٧

منع التعامل في التركة المستقبلية لشخص على قيد الحياة^(١) . وكما في عقد الشركة اذ يتميز فيه محل التزام كل من الشركاء عن محل العقد وهو استثمار المال المشترك في التجارة .

ومحل العقد لا يتطلب فيه القانون الا شرطا واحدا وهو ألا يخالف النظام العام والآداب ، ومن ثم يجرى الحديث عنه في سياق محل الالتزام . ونرى أن التفريق بين محل الالتزام ومحل العقد أثر من آثار أخذ القانون بنظرية الالتزام والمراحل التي مرت بها في النظم القانونية وفي فقه القانون .

* * *

● شروطه :

١ - أن يكون قابلا لحكم العقد شرعا : « فاذا كان المحل غير قابل لحكم العقد لا يصح أن يرد عليه العقد كأن يكون الشيء غير مال أو مال غير متقوم كالخمر والخنزير وان كان الحنفية قد جوزوا بيعها اذا لم يكن المسلم طرفا في العقد »^(٢) .

أو نهى الشارع عنه : كالنهى عن الزواج بالمحارم . وفي القانون يشترط أن يكون المحل قابلا للتعامل فيه أي غير مخالف للنظام والآداب وعلى هذا تنص المادة (١٣٥) مدنى مصرى اذ تقول : « اذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا »^(٣) .

(١) تنص على ذلك المادة ١٣١ مدنى مصرى : « يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ، غير أن التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو كان يرضاه الا فى الأحوال التى نص عليها فى القانون » وكذلك المادة ٤٧١ مدنى مصرى فيما يتعلق بمنع القضاة وأعضاء النيابة من شراء الحق المتنازع عليه .

(٢) انظر البدائع ج ٥ ص ١٤٣

(٣) يقابل هذا النص مادة ١٣٥ لىبى ، مادة ١٢٦ سورى ، مادة ١٣٠ عراقى ، مادة ١٢١ سودانى ، مادة ١٩٢ لبنانى ، مادة ٦٢ تونسى .

ففى الالتزام باعطاء شىء يكون المحل غير مشروع اذا كان الشىء الذى يرد عليه الحق يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون^(١) .
والأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها كأشعة الشمس والهواء .

أما الأشياء التى تخرج عن التعامل بحكم القانون فهى التى لا يجوز للقانون أن تكون محلا للحقوق المالية ويتحقق ذلك فى حالتين هما :

١ - يكون الشىء غير قابل للتعامل فيه بالنظر الى الغرض الذى خصص له كالمملك العام أو الأموال العامة إذ لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالحيازة ما لم ترخص الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة بغير ذلك مما لا يتعارض مع الغرض الذى خصص له المال العام (م ٨٧/٢ و ٩٧٠/٢ مدنى مصرى) .

٢ - يكون الشىء غير قابل للتعامل فيه بسبب نص فى القانون أو مخالفة هذا التعامل للنظام العام أو الآداب إذ الاعتبارات التى يعول عليها القانون فى منع التعامل ترجع فى ذاتها الى النظام العام أو الآداب ووجود النص القانونى دليل على عناية القانون بالأمر كالنص الذى يمنع التعامل فى التركة المستقبلية والحظر فى الاتجار فى المخدرات .

وعلى هذا لا يجوز أن يكون الشىء المخالف للنظام العام أو الآداب محلا للالتزام ومن ثم لا يجوز الاتفاق على ما يخالف النظام العام أو الآداب .

ونظرا لأهمية فكرة النظام والآداب فى النظام القانونى ، كانت جديرة بالبحث إذ عليها يمكن القول بأن نصا معيناً فى القانون يعتبر من النظام العام أو الآداب فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه ، وحتى فى حالة

(١) د. عبد المنعم الصدة - أصول القانون - فقرة ٣٩٣ وما بعدها -
على هذه الأشياء نصت المادة ٨١ مدنى مصرى ، مادة ٨٤ سورى ، مادة ٦١ عراقى ، مادة ٥٩ سودانى .

انعدام النص يمكن تقرير ما اذا كان الشيء مخالفا للنظام العام والآداب
فلا يصح أن يكون محلا للالتزام .

* * *

● النظام العام والآداب :

(Les L'ordre Pubic et les Leonnes mours)

النظام العام والآداب فكرة تستعصى بطبيعتها على التحديد^(١)، وعلى ذلك يقال في شيء من التعميم والتقريب أن النظام العام هو مجموع القواعد الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية ، ومن ثم تعلو هذه المصلحة على مصالح الأفراد الذين يجب عليهم أن يحترموا كل ما يتعلق بالنظام العام فمعيار النظام العام هو المصلحة العامة .

ودائرة النظام العام تضيق في ظل المذهب الفردي وتتسع في ظل المذهب الاشتراكي .

والآداب هي مجموعة من القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة أو وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقا لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية وهذا الناموس وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس^(٢) .

وفكرة النظام العام والآداب بشقيها فكرة نسبية ومتطورة إذ تختلف باختلاف الفكر السائد في كل بيئة وفي كل عصر ، ومن ثم لا يمكن تحديد دائرة النظام العام والآداب الا في أمة معينة وفي جيل معين .

وعلى النحو الفائق تعتبر فكرة النظام العام والآداب وما تتمتع به من مرونة ونسبية وتطور المخل أو المنفذ الذي تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية الى النظام القانوني كى تلائم بينه وبين التطور الذي يتعرض له المجتمع في وقت معين وتقع على عاتق القاضى

(١) د. عبد المنعم الصدة - مصادر الالتزام ص ٢٩١

(٢) د. السنهورى - الوسيط ص ٤٣٦

مهمة تحقيق هذه الملاءمة في غير الحالات التي يتدخل فيها القانون بمقتضى نصوص يأخذ فيها بمتطلبات هذا التطور وعلى ذلك فإن الفصل فيما اذا كانت قاعدة ما تتعلق بالنظام العام أو الآداب مسألة قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض .

ودائما خير وسيلة لتحديد ما يراد بالنظام العام والآداب هو التطبيقات العملية في كل عصر وفي نطاق كل قانون بحسبه كالقانون العام والخاص والنظم الادارية والمالية والنظام القضائي والقوانين الجنائية والأحوال الشخصية ... الخ .

* * *

● تعقيب وموازنة :

وضح لنا مما تقدم أن فكرة النظام العام والآداب التي يقوم عليها النظام القانوني ويقول بها فقهاؤه هي الأساس التي تقوم عليه الروابط القانونية سواء في نطاق القانون العام أو القانون الخاص ، ومن ثم فهي مناط المشروعية القانونية وعدمها أيضا ، وهي في نفس الوقت فكرة مرنة ونسبية ومتغيرة ومتطورة بما يحقق المصلحة العامة ويكون الناموس الأدبي الذي يسود علاقات الناس وفقا لمعتقداتهم وعاداتهم وما تواضعوا عليه من أعراف ، وكل ذلك هو المكون الحقيقي لما يسمى بالآداب العامة ومن ثم فالناموس الأدبي محكوم بعادات الناس وأعرافهم ومعتقداتهم المنشئة ابتداء لذلك الناموس الأدبي وكذلك الحال في النظام العام ، فالمصلحة الجماعية حسبما يراها الناس هي المكونة لما يسمى بالنظام العام ، سواء في الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية .

ولا شك أن المنهج الاسلامي مغاير كل المغايرة في هذا الصدد ، اذ أن أحكام الشرع الاسلامي كما جاء بها القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة وما يشتملان عليه من أحكام الحلال والحرام هي المكونة والمنشئة والمسيرة والمنظمة لحياة الناس جميعا في سائر نواحيها الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والخلقية .

وعلى هذا الأساس تكون قابلية محل العقد للتعامل فيه تتعلق في الفقه الاسلامي بأحكام شرعية مستمدة من القرآن والسنة صراحة أو دلالة واستنباطا تسير وفقا لها معاملات الناس وتتحقق مصالحهم المختلفة على حين تتعلق قابلية محل العقد للتعاقد بالنظام العام والآداب في القانون وفقهه على نحو ما سلف بيانها ، ومن ثم فإن أساس ونطاق المشروعية مختلف في كل من الفقه الاسلامي والقانون الوضعي وان تماثلت بعض الأحكام أو تشابهت بعض التطبيقات •

٢ - أن يكون المحل موجودا وقت التعاقد :

يشترط أن يكون المعقود عليه موجودا فعلا وقت التعاقد فلا ينقذ بيع المعدوم وما له خطر العدم^(١) الا المنافع فلا يشترط وجودها عند التعاقد لأن هذا ما يتصور مع طبيعتها ، أما اذا كان العقد واردا على عين مالية فقد ثار فيه الخلاف بين الفقهاء : فالشافعية والحنفية اشترطوا أن يكون المحل موجودا في جميع العقود دون تفرقة بين عقود المعاوضات والتبرعات ، واستثنى الحنفية عقد السلم وعقد الاستصناع •

والمالكية يشترطون وجود المحل في عقود المعاوضات دون التبرعات. ، ففيها يجوز أن يكون المحل معدوما وقت التعاقد •

والحنابلة - وخاصة ابن تيمية وتلميذه ابن القيم - أجازوا التعاقد على المعدوم في كل العقود ما دام قد تعين بالأوصاف وارتفع الغرر ، اذ أن السبب عندهم في منع التعاقد على المعدوم ، هو منع الغرر وخشية التنازع ، فالمحظوز هو بيع الغرر لا بيع المعدوم^(٢) •

(١) انظر البدائع ج ٥ ص ١٣٨ ، ١٣٩ ، فتح القدير ج ٥ ص ١٠٢ ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١٠٦ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٢٤
(٢) اعلام الموقعين ج ١ ص ٣٥٧ - ٣٦١ •

وقد تفرع على هذا الشرط عدة مسائل منها :

أولا - الشيء موجود في أصله وقت التعاقد ثم يتكامل بعده :

(أ) بيع الثمر بعد طلوعه على الشجر والزرع في الأرض بعد الطلوع - وقبل بدو صلاحه^(١) . والضابط في هذه المسألة هو ان كان الثمر أو الزرع قد ظهر أو صار منتفعا به ولكن لم يبد صلاحه فالبيع جائز بشرط القطع فاذا اشتراه بشرط الترك لا يجوز^(٢) ، وان اشتراه مطلقا يجوز لأنه يقتضى التسليم في الحال^(٣) .

ولكن محمد من الحنفية يجيز بيع الثمر والزرع قبل بدو صلاحه ويشترط الترك فيما تناهى عظمه استحسانا^(٤) .

أما أبو حنيفة وأبو يوسف فيبيان على القياس ويكون البيع فاسدا في هذه الحالة ولكنهما يجيزان في البيع المطلق أن يترك المشتري الزرع أو الثمر حتى ينضج باذن معتبر من البائع وتطيب الزيادة في هذه الحالة للمشتري فلا يجب عليه التصديق بها . أما اذا لم يكن هناك اذن معتبر وكان البيع مطلقا فانه يجوز مع ذلك ترك الزرع أو الثمر حتى ينضج ولكن الزيادة في هذه الحالة لا تطيب للمشتري وعليه أن يتصدق بها .

(ب) بيع ما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض أو الثمر بدا صلاحه ولم يخرج البعض الآخر : الشافعية والحنابلة يجيزون بيع ما ظهر دون ما لم يظهر لكون الأخير معدوما . والأصح في المذهب

(١) المبسوط ج ١٢ ص ١٩٤ - ١٩٧ .

(٢) انظر الزيلعي ج ٤ ص ١٢ .

(٣) هذا عند الحنفية والمالكية وان كان في الشرط قولان قول بجوازه وآخر بعدمه . انظر القوانين الفقهية لابن جزيء ص ٢٦١ ، وعند الشافعية ، انظر المذهب ج ١ ص ٢٨١ ، والحنابلة انظر المغنى ج ٤ ص ٣٠٢ ، ابن رشد بداية المجتهد ج ٢ ص ١٢٢ .

(٤) انظر الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١٠٦ ، فتح القدير ج ٥

الحنفى هو عدم جواز بيع ما لم يظهر من الزرع اذ لا ضرورة تقتضى جوازه وان كان فى المذهب رأى مرجوح لشمس الأئمة الحلوانى ولأبى بكر محمد بن الفضل البخارى بجواز بيع ما لم يظهر من الزرع استحسانا لعادة الناس فى التعامل وللضرورة^(١) .

أما المالكية فيجيزون بيع ما لم يظهر من الزرع مع ما ظهر منه اذا كانت متتابعة ، اذ الأصل عند مالك أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة وهو الغرر غير المؤثر فى البيوع وهو اليسير الذى تدعو اليه الضرورة^(٢) .

ثانيا - الشئ غير موجود فعلا وقت التعاقد ولكنه محقق الوجود فى المستقبل :

الأصل أن بيع المعدوم باطل ، ولا يصلح المعدوم لأن يكون محلا للعقد ، لأنه لا يقبل أحكام العقد ، وأحكام العقد وآثاره أوصاف شرعية يقدرها الشارع فى محل موجود ، والمعدوم لا يقبل ذلك سواء أكان معدوما ليس قريب الوجود (أى مستحيل الوجود) ، أم كان معدوما قريب الوقوع على خطر الوجود والاحتمال (أى محتمل الوجود) ، لأن ذلك يؤدى الى الغرر خلافا لابن تيمية - وابن القيم - والمالكية فى عقود التبرعات على نحو ما سبق تفصيله .

ولكن الفقهاء خرجوا على الأصل المتقدم أجازوا بيع السلم والاستصناع والاجارة استحسانا لجريان التعامل بها وان كان العقد فيها يقع على شئ معدوم وقت التعاقد ولكنه محقق الوجود فى المستقبل

(١) انظر البدائع ج ٥ ص ١٣٩ - ١٧٤ ، المبسوط ج ١٢ ص ١٩٧ ، الزيلعى ج ٣ ص ١٢ ، فتح القدير ج ٥ ص ٢٠٥ ، المغنى ج ٤ ص ٢٠٥ - ٢٠٩ .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٣٠ ، ١٣١ ، الفروق ج ٣ ص ٢٧٠ وما بعدها ، القوانين الفقهية لابن جزىء ص ٢٦١ .

ومن ثم يمكن القول بأن النهى عن بيع المعدوم إنما هو لما ينطوى عليه من غرر وما يؤدي إليه من جهالة ومغامرة .

ثالثا - الشيء موجود في أصله ولكنه غير محقق الوجود في المستقبل :

ففى هذه الحالة يكون له خطر المعدوم وحكمه .

ومن ذلك بيع اللبن فى الضرع - وبيع حمل الدابة فى بطنها - وبيع الملامسة والمنابذة - والحصاة - فكلها ييوع فيها غرر فاحش ، ومن ثم فهى كالمقامرة ، ومن ثم لا تجوز^(١) .

ونخلص الى حقيقة فقهية هى : أن الفقهاء المسلمين اتفقوا على أن يكون المعقود عليه خاليا من كل غرر يؤدي الى تنازع ويفضى الى خلاف . فما هو الغرر - وما ضابطه - ومتى يفسد العقد ؟

* * *

● الفرر :

أصل الفرر : هو الذى لا يدري هل يحصل أم لا : كالطير فى الهواء والسماك فى الماء ، وأما ما علم حصوله وجهل صفته فهو المجهول كبيعه ما فى كفه فهو يحصل قطعا لكن لا يدري أى شيء هو . فالغرر والمجهول كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه ، وأخص من وجه ، فيوجد كل واحد منهما مع الآخر وبدونه .

والجهالة بدون الفرر ك شراء حجر لا يدري أزجاج أم ياقوت ، فمشاهدته تقتضى القطع بحصوله فلا غرر ، وعدم معرفته تقتضى الجهالة به^(٢) .

والغرر والجهالة يقعان فى الوجود والحصول ان علم الوجود .

(١) انظر بداية المجتهد ، ج ٢ ص ١١٢ ، المبسوط ج ١٢ ص ١٩٤

(٢) انظر الفروق ج ٣ ص ٢٦٥ ، ٢٦٦ ، ج ٢ ص ١٥٠ ، ١٥١ ،

تهذيب الفروق ج ١ ص ١٧٠ ، ١٧١ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٢٩ ، ١٣١ .

وفي الجنس وفي النوع وفي الصفة وفي المقدار وفي التعيين وفي البقاء
وفي الأصل المضروب .

والغرر والجهالة ثلاثة اقسام هي :

كثير ممتنع اجماعا - وقليل جائزا اجماعا - ومتوسط مختلف فيه
هل يلحق بالأول أو بالثاني فلارتفاعه عن القليل ألحق بالكثير ولا انحطاطه
عن الكثير ألحق بالقليل ، وهذا هو سبب اختلاف الفقهاء في فروع الغرر
والجهالة (١) .

فبيع ما يثمر بطونا مختلفة متلاحقة تختلف في صحته الفقهاء على
ما سبق فمالك يرى صحته لأن الغرر فيه يسير ، والمذاهب الأخرى
لا تجيز إلا بيع ما ظهر من البطون أما بيع ما لم يظهر فلا يجوز لأن
الغرر فيه كثير .

على أن الغرر الكثير - والغرر اليسير - والغرر المتوسط -
والغرر الذي تدعو له الضرورة تختلف تطبيقاته من بيئة إلى أخرى
وفي عصر عن عصر بل ويختلف باختلاف الأنظار إليه .

٣ - أن يكون ممكن التسليم :

فمحل العقد يجب أن يكون مقدور التسليم عند العقد من
غير ضرر ، وإن كان معجوز التسليم عنده لا ينعقد وإن كان مملوكا
له كبيع الطائر الذي كان في يده وطار .

وإن لم يمكن تسليم المبيع إلا بضرر يلزم البائع فالباع فاسد ،
لأن الضرر لا يستحق بالعقد ، وذلك ما لم يرض البائع بالضرر ويسلم
المبيع ، أما إذا وصل عدم إمكان التسليم إلى حد الاستحالة
المطلقة فإن البيع يكون باطلا .

(١) القوانين الفقهية لابن جزيء ص ٢٥٦ ، ٢٥٧ ، اعلام الموقعين
ج ١ ص ٣٥٩ ، ٣٦٠ .

والأول كييع جذع في سقف وآجرا في حائط ولا يمكن تسليمه الا بقطعة ونزعه وفي هذا ضرر بالبائع فكان هذا بيع ما لا يجب تسليمه شرطا فيكون فاسدا . أما ان نزعه أو قطعه وسلمه جاز البيع ، وذلك بخلاف بيع الآلية في الشاة والزيت في الزيتون والدقيق في الحنطة ، فالعقد لا ينقذ أصلا حتى لو سلم .

والضابط الفقهي في هذه المسألة اذن هو : ما لم يمكن تسليمه الا بضرر يرجع الى قطع عارض فيعيه فاسد ، الا أن يقطع باختياره ويسلم فيجوز ، وما لا يمكن تسليمه الا بضرر يرجع الى قطع اتصال ثابت بأصل الخلقة فيعيه باطل^(١) .

والعجز عن التسليم اذا كان قائما وقت العقد يكون العقد باطلا ، أما اذا وجد بعد العقد فينقذ العقد ولكن يجوز فسخه لعدم القدرة على التسليم^(٢) .

* * *

● أما في القانون فيشترط أن يكون المحل موجودا أو ممكنا :
والامكان والوجود شرط واحد يعبر عنه بالامكان في حالة وبالوجود في حالة أخرى تبعا لطبيعة المحل الذي يرد عليه الالتزام .

١ - المحل ممكن :

اذا كان محل الالتزام عملا أو امتناعا عن عمل وجب أن يكون ممكنا أي ألا يكون مستحيلا وعلى ذلك تنص المادة (١٣٢) مدني مصري اذ تقول :

(١) انظر البدائع ج ٥ ص ١٤٧ ، ١٤٨ ، ١٦٨ ، فتح القدير ج ٥ ، المجموع ج ٩ ص ٢٨٣ ، كشاف القناع ج ٢ ص ١٥ ، ١٨ ، الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ١٠ ، ١١

(٢) يقابل هذا النص م ١٣٢ لبيي ، م ١٣٢ سوري ، م ١٢٧ عراقي ، م ١١٨ سوداني ، م ١٩١ لبناني ، م ١٣٠ كويتي .

« اذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا »^(١)
والمقصود بالاستحالة في هذا النص الاستحالة المطلقة أى التى تقوم
بالنسبة لجميع الناس ومن ثم يرجع الى الالتزام فى ذاته^(٢) .

ويستوى فى الاستحالة المطلقة أن تكون استحالة طبيعية أى
ترجع الى طبيعة المحل كما فى التزام شخص بالامتناع عن عمل
قام به فعلا .

أو أن تكون استحالة قانونية ترجع الى نص القانون كتعهد محام
برفع استئناف عن حكم انقضى ميعاد استئنافه .

ويشترط فى هذه الاستحالة المطلقة بشقيها أن تكون قائمة
وقت التعاقد ومن ثم تجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا ، أما اذا كانت
الاستحالة لاحقة للانعقاد فانها لا تمنع من قيام العقد وانهقاده ويصبح
الأمر متعلقا باستحالة التنفيذ ومن ثم انقضاء الالتزام اذا لم تكن للمدين
يد فيها فينفسخ العقد من تلقاء نفسه ، واذا كان للمدين يد فيها ،
فان الالتزام لا ينقضى ويبقى المدين مسئولا عن التعويض .

أما اذا كان محل الالتزام مستحيلا استحالة نسبية أى بالنسبة
الى الملتزم أو المدين فحسب ، فانها لا تمنع قيام الالتزام ، ومن ثم ينعقد
العقد ويستوى فى ذلك أن تكون هذه الاستحالة النسبية قائمة وقت
انعقاد العقد أو لاحقة للانعقاد اذ تجعل العقد فى الحالين قابلا للنسخ
اذا كان ملزما للجانبين والتعويض ان كان له مقتضى ، كما يجوز للدائن
أن يطلب التنفيذ على نفقة المدين أو التنفيذ بمقابل ، وهو التعويض .

(١) انظر الهامش السابق .

(٢) د. حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق فقرة ٢٠٥ ، د. أنور
سلطان ، المرجع السابق فقرة ١٧٤ ، ويرى د. سليمان مرقص فى
مصادر الالتزام فقرة ١٣٧ أن الاستحالة الموضوعية تقدر بمعيان
الرجل العادى .

٢ - المحل موجود :

إذا كان المحل اعطاء شيء أو كان عملاً يتعلق بشيء معين كنقل حق عيني وجب أن يكون الشيء الذي يرد عليه الحق أو يتعلق به العمل موجوداً •

ويتحقق هذا الشرط أو هذا الوجود إذا كان الشيء موجوداً وقت العقد أو سيوجد في المستقبل •

فإذا قصد المتعاقدان أن يتعاقد على شيء موجود فعلاً وقت العقد وتبين أنه غير موجود وقت نشوء الالتزام حتى لو أمكن وجوده في المستقبل فإن العقد يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً ، أما إذا وجد وقت نشوء الالتزام ثم هلك بعده فإن الالتزام يكون قد قام على محل موجود ويكون العقد بعد ذلك قابلاً للفسخ إذا تسبب عن هلاك الشيء عدم قيام أحد المتعاقدين بما التزم به ، وإذا كان للمدين يد في هلاك الشيء فإن الالتزام لا ينقضي ويجب التعويض •

وإذا لم يقصد المتعاقدان التعاقد على شيء موجود فعلاً وقت نشوء الالتزام صح أن يقع الالتزام على شيء سيوجد في المستقبل وعلى هذا تنص المادة ١٣١/١ مدني مصري بقولها :

« يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ، غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه إلا في الأحوال التي نص عليها القانون »^(١) •

والتعاقد على شيء سيوجد في المستقبل مفروض فيه تحقق وجوده في المستقبل فإذا لم يتحقق هذا الوجود في المستقبل كان العقد باطلاً

(١) يقابل هذا النص م ١٣١ لبي ، م ١٣٢ سوري ، م ١٢٦ ، ١٢٩ عراقي ، م ١١٧ سوداني ، م ١٨٨ لبناني ، م ١٣١ كويتي ، م ٦٦ تونسي •

وكأله لم ينشأ قط وتستثنى من ذلك العقود الاحتمالية فهذه تصح سواء وجد الشيء في المستقبل أم لم يوجد^(١) .

والتعامل على الأشياء المستقبلية أصبح كثير الوقوع فى الحياة العملية الا أن القانون قد يحظر التعامل فى شيء مستقبل كما فى نص المادة (٤٩٢) مدنى مصرى فيما يتعلق بطلاق هبة المال المستقبل ونص المادة ٢/١٠٣٣ مدنى مصرى فيما يتعلق برهن المال المستقبل رهنا رسميا وكما فى نص المادة (١٣١) مدنى مصرى اذ حظرت التعامل فى التركة المستقبلية^(٢) فلا يجوز للوارث أن يبيع ميراثه المستقبل أو يهبه أو يقسمه أو يقايض عليه أو يقدمه نصيبا فى شركة أو يصالح عليه أو ينزل عنه بارادته المنفردة أو أن يجرى عليه أى نوع من أنواع التعامل الا ما أجازاه القانون بنص صريح كالوصية (م ٩١٥ مدنى مصرى) وقسمة المورث لأعيان التركة بمقتضى وصية (م ٩٠٨ - ٩١٣ مدنى مصرى) .

● تعقيب وموازنة :

ذهب الفقه القانونى الى الحديث عن المحل باعتباره ممكنا وباعتباره موجودا على أساس اختلاف طبيعة أو نوع محل الالتزام فى كلا الحالتين وان كنا نرى أن بينهما عموم وخصوص فباعتبار أن نقل الحق العينى والعمل والامتناع تعتبر كلها عملا حتى الامتناع اذ يعتبر عملا سلبيا فأننا نستطيع القول أنه لا وجه للفصل ، وباعتبار اختلاف طبيعة الأداء الذى يقوم به الملتزم أو المدين فى كل حالة يمكن القول بالفصل بين المحل الممكن والمحل الموجود .

ومما هو جدير بالذكر أن المادة (١٣٢) مدنى مصرى ربطت بين

(١) د. عبد المنعم الصدة - مصادر الالتزام ص ٢٨٣

(٢) د. عبد الحى حجازى ، مرجع سابق ص ٢٣٠ بند ١٤٥

وما بعده .

الاستحالة ومحل الالتزام دون تفصيل فى محل الالتزام اذ المقصود هو عدم استحالة محل الالتزام حتى ينشأ الالتزام وينعقد العقد .

وعلى ذلك فانه على الرغم من وجاهة ما ذهب اليه الفقه القانونى فى تفصيل القول فى محل الالتزام من خلال شروط عدم استحالته فانه لا يقدح فيما ذهب اليه الفقه الاسلامى من عدم الأخذ بما ذهب اليه فقه القانون اذا كان له - للفقه الاسلامى - مسلك آخر من خلال اشتراط وجود المحل وقت التعاقد اذ فرق الفقهاء بين ما اذا كان المحل عيناً أو منفعة ففى الأخيرة لا يشترط وجودها عند التعاقد اذ طبيعتها تمنع ذلك ، ولعل هذا يقابل فى فقه القانون أن يكون محل الالتزام عملاً أو امتناعاً .

كما يستقل الفقه الاسلامى بمسلك آخر فى التفرقة بين عقود المعاوضات وعقود التبرعات اذ يجوز فى الأخيرة عند المالكية أن يكون المحل غير موجود وقت التعاقد وأجازه الحنابلة فى جميع العقود اذا ما تعين المحل بالأوصاف وارتفع الغرر على عكس الشافعية والحنفية اذ اشترطوا وجود المحل فى جميع العقود الا ما استثناء الحنفية من السلم والاستصناع .

وعلى ذلك فمسلك ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة يستجيب لما ذهب اليه القانون فى المادة (١٣١) مدنى مصرى اذ أجازت أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ولكن القانون أطلق الحكم على حين قيده ابن القيم وشيخه ابن تيمية بعدم الغرر وتعين المحل بالأوصاف ، ومن ثم تستطيع القول بأن ما أخذ به القانون من جواز التعامل على شىء مستقبل ومعدوم وقت التعاقد يخالف أحكام الفقه الاسلامى فى هذا الخصوص وما ذهب اليه فقهاء المذاهب الاسلامية باستثناء عقود التبرعات عند المالكية وعقدى السلم والاستصناع عند الحنفية وما اذا كان المحل منافع .

وما ذهب اليه بعض الفقهاء من جواز التعامل على شيء موجود أصله في وقت ثم يتكامل بعده أو خروج بعضه ولم يخرج البعض الآخر إنما يتعلق في جميع صورته بمحل موجود في أصله فالأصل في الفقه الاسلامي أن يبيع المعدوم باطل لما ينطوي عليه من غرر وما يؤدي اليه من جهالة ومقامرة ومن ثم يفضى الى النزاع وهي أمور يحرص عليها الفقه الاسلامي ذو الأساس العقائدي .

وإذا كان الفقه القانوني قد فرق بين الاستحالة المطلقة سواء أكانت طبيعية أو قانونية وعول عليها دون الاستحالة النسبية فالأولى تجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا ، والثانية لا تمنع من قيام الالتزام وانعقاد العقد على التفصيل السابق ، فإن الفقه الاسلامي قد سلك مسلكا آخر اشترط فيه أن يكون المحل ممكن التسليم ، ومن خلال هذا الشرط تظهر الاستحالة ولكنه لم يتناولها على النحو الذي تناولها به الفقه القانوني فيما سبق بل ربط بين امكانية التسليم والضرر فكل ما لم يمكن تسليمه الا بضرر فيعيه فاسد وذلك على التفصيل السابق ، كما أن « العجز عن التسليم » اذا كان قائما عند العقد يكون العقد باطلا . . أما اذا وجد بعده فينعقد العقد ولكن يجوز فسخه لعدم القدرة على التسليم .

وعلى ضوء هذا المعنى الأخير يمكن القول أن العجز عن تسليم المحل لا يجرى فيه التفريق بين عجز مطلق وعجز نسبي كما هو المسلك الذي سلكه الفقه القانوني في التفريق بين الاستحالة المطلقة التي تمنع قيام الالتزام اذا قامت وقت الانعقاد والاستحالة النسبية التي لا تمنع قيام الالتزام وانعقاد العقد سواء وجدت وقت انعقاد العقد أو كانت لاحقة للانعقاد ولعل المسلك الفقهي أدعى الى الواقعية وحسم المشاكل العملية منه الى مسلك الفقه القانوني في هذه المسألة .

٤ - أن يكون المحل معلوما للطرفين علما ينفي عنه الجهالة الفاحشة
والمفضية الى النزاع :

(أ) في حالة ما اذا كان المعقود عليه موجودا عند العقد :

ويتحقق العلم به برؤيته عند العقد أو رؤيته قبله بوقت ان
كان - لا يحتمل تغييره فيه ما لم تكن في رؤيته مشقة فيباع على
الصفة وذلك عند المالكية^(١) .

أما عند الحنفية والحنابلة فيتحقق العلم بالمعقود عليه بالإشارة
اليه لو كان ذلك في مكان مستتر كالسكر في الصندوق^(٢) ، وعند
الشافعية^(٣) لا يحصل العلم بالمعقود عليه الا برؤيته في جميع الأحوال .

(ب) في حالة ما اذا كان المعقود عليه غير موجود عند العقد :

فان العلم به يتحقق بوصفه وتعيينه تعيينا واضحا ينفي الجهالة
عنه اذا كان شيئا معيناً بالذات .

أما اذا كان شيئا غير معين بالذات فيتعين بالوصف النافي
للجهالة الفاحشة ببيان جنسه ونوعه ومقداره ويكون خيار
الرؤية أيضا عند الحنفية ولا يكون له خيار الرؤية عند المالكية
أى لا يجمع بين الوصف وخيار الرؤية فاما أن يباع الشيء على
الوصف فلا يثبت فيه خيار الرؤية واما أن يباع بشرط خيار
الرؤية فلا يكون في حاجة الى الوصف .

وعند الحنابلة يتعين الشيء بالوصف ويصح بالرؤية السابقة
فيما لم يطرأ عليه التغيير وعند الشافعية لا يتعين الشيء
الا برؤيته .

وفي الأشياء المتفاوتة (كالقيمة) يجب تعيين المحل بالذات فلا

(١) انظر الخطاب ج ٤ ص ٢٨٥ ، ٢٨٦ ، ٢٩٦ ، ٣٠٠ .

(٢) الشرح الكبير على متن المقنع ج ٤ ص ٢٩ ، ٣٩ .

(٣) المذهب ج ١ ص ٢٦٣ - ٢٦٦ .

يكفى أن يبيع شاة غير معينة بالذات من قطع غنم . أما اذا كانت الأشياء غير متفاوتة (كالمثلية) وكانت متقاربة فلا يلزم تعيين أحد الأشياء المتقاربة بالذات بل يكفى أن يكون واحدا من عدة أشياء فأى واحد من هذه الأشياء المتقاربة يعدل الآخر ويتعين بذلك المحل^(١) .

وهذا الشرط (شرط العلم) يشترطه الشافعية فى جميع العقود ، والحنفية يشترطونه فى عقود المعاوضات المالية وغير المالية كالزواج ، ولا يشترطونه فى بعض عقود التبرعات كالوصية والكفالة لأن الجهالة فيها لا تؤدى الى النزاع ، واشترطه المالكية فى عقود المعاوضات ولم يشترطوه فى عقود التبرعات فتصبح مع الجهالة عندهم ولو كانت فاحشة ولكنهم اشترطوا عدم الجهالة الفاحشة فى العقود التى لا يكون المال فيها جاريا مجرى المعاوضات الخالصة ولا مجرى البذل كالنكاح^(٢) .

* * *

● وفى القانون يشترط أن يكون المحل معينا او قابلا للتعيين :

وفى ذلك تنص المادة (١٣٣) مدنى مصرى على أنه :
« ١ - اذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره والا كان العقد باطلا .
٢ - ويكفى أن يكون المحل معينا بنوعه فقط اذا تضمن العقد ما استطاع به تعيين مقداره . واذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشئ من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى طرف آخر التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط »^(٣) .

(١) انظر البدائع ج ٥ ص ١٥٦ وما بعدها .

(٢) الفروق ج ١ ص ١٥٠ ، وبدران أبو العينين بدران ، نظرية العقد والملكية ص ٤٢١ .

(٣) يقابل هذا النص م ١٣٣ لىبى ، م ١٢٨ عراقى ، م ١٨٩ ، ١٩٠ لبنانى ، م ١١٩ سودانى ، م ٢٧ كويتى .

وتنص المادة (١٣٤) مدنى مصرى على أنه :

« اذا كان محل الالتزام نقودا التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر » (١) .

وتأسيسا على ذلك فان محل الالتزام يجب أن يكون معينا أو قابلا للتعين فاذا لم يكن المحل معينا فيكفى أن يشتمل العقد على العناصر اللازمة للنهوض بهذا التعين (٢) .

فاذا كان المحل قيميا وجب أن يعين بذاته بوصفه وصفا يحدد ذاتيته .

واذا كان المحل مثليا وجب أن يعين بنوعه ومقداره .
ويكفى أن يكون المحل معينا بنوعه فقط اذا تضمن العقد ما استطاع به تعيين المقدار ، فاذا لم يتيسر استخلاص المقدار من ظروف العقد وقع العقد باطلا .

واذا لم يتفق المتعاقدان صراحة على درجة الجودة ولم يمكن استخلاصها من العرف أو من أى ظرف آخر التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط .

ولا يصح أن يترك أحد الطرفين للآخر تعيين المحل انما يصح أن يترك تعيين المحل للغير ، واذا لم يقم الغير بتعيين المحل فلا يجوز للقاضى أن يتولى التعيين فى هذه الحالة لأنه ليس من مهمته انشاء العقود .

● تعقيب وموازنة :

يتضح لنا مما تقدم بخصوص هذا الشرط الذى عبر عنه القانون بشرط تعيين المحل ، وعبر عنه الفقه الاسلامى بشرط العلم بالمحل علما ينفى الجهالة المفضية الى النزاع اختلاف المسلك القانونى وفقهه عن

(١) يقابل هذا النص م ١٣٤ لىبى ، م ١٣٥ سورى ، م ١٢٠

سودانى ، م ١٢٨ كويتى .

(٢) د. عبد المنعم الصدة ، مصادر الالتزام ص ٢٨٧ .

مسلك الفقه الاسلامى وان كان هناك توافق فى بعض المسائل
والجزئيات .

– ففى الفقه الاسلامى يجرى التفريق بين حالة وجود المحل
وفى هذه الحالة يتحقق العلم بالمحل برؤيته أو بالإشارة اليه
لو كان مستترا .

أما اذا كان المحل غير موجود عند العقد فان رأيا فى الفقه
الاسلامى يشترط خيار الرؤية أيضا الى جانب بيان جنسه ونوعه
ومقداره أى بالوصف النافى للجهالة عنه .

– كما جرى تفريق الفقه الاسلامى بخصوص هذا الشرط بين
عقود المعاوضات المالية وعقود التبرعات ، ففى الأولى يشترط
العلم بالوسائل السابق ذكرها ، وفى الثانية وقع خلاف الفقهاء فى
عدم اشتراط العلم بالمحل فيها مطلقا أو فى بعضها فقط كالوصية
والكفالة بل جرى تفريق الفقهاء فى عقود التبرعات بين الجهالة مطلقا
فاحشة أو يسيرة فتصح معها ، والجهالة الفاحشة فقط فلا تصح
معها العقود التى لا يكون المال فيها جاريا مجرى المعاوضات
الخالصة ولا مجرى البذل كالنكاح .

وفى القانون أوردت المادة (١٣٣) سائلة الذكر حكما حل فيه
النص القانونى محل ارادة الطرفين أو أحدهما وذلك فى حالة ما اذا لم
يتفق المتعاقدان على درجة الشئ من حيث جودته ولم يمكن استخلاص
ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر التزم المدين بأن يسلم شيئا من
صنف متوسط وقد لا يرضى بذلك الدائن ، الا أن النص القانونى
أحل نفسه محل ارادة الطرفين أو أحدهما فى هذه الحالة بما قد
يتجافى مع المصلحة المرجوة أو المبتغاة من العقد لأحد الطرفين ، هذا
فى الوقت الذى لم يحدد فيه النص معيارا لتوسط الصنف الذى
يلتزم به المدين مما يعطى الفرصة للمنازعة وهو ما حرص الفقه
الاسلامى على تلافيه باشتراط العلم النافى للجهالة المنفضية الى
النزاع .

المبحث الثاني

الارادة العقسية

ان للارادة الأثر الأول في انشاء العقد^(١) .

وتنقسم الارادة في اصطلاح الفقهاء الى قسمين هما :

- ١ - الارادة الباطنة .
٢ - الارادة الظاهرة .

المطلب الأول

عناصر الارادة الباطنة

والارادة الباطنة هي النية ومن ثم كانت أساس العقد ولها عنصران لا تتحقق بدونهما وهما :

الاختيار والرضا

والاختيار هو القصد الى مقدور متردد بين الوجود والعدم بترجيح أحد جانبيه على الآخر^(٢) .

(١) وهذا واضح تمام الوضوح من تعريف العقد كما سبق ضبطه وان كان من الواجب بيان أن الفقهاء وان كانوا يقولون ان العقود أسباب جعلية شرعية وليس بأسباب طبيعية ، بمعنى أن أحكامها من الشارع وليست باعتبار ما اشتملت عليه من عبارة تدل على ارادة حرة الا أنهم ليسوا سواء في التشديد في ذلك بالنسبة للعقود المالية الخالصة فبعضهم يجعل للارادة في العقود سلطانا في ايجاد الالتزامات الناشئة بالعقد .

انظر محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ص ٢٥٠ وما بعدها ، تهذيب الفروق ج ١ ص ١٩٧ ، هامش كشف الأسرار ج ٤ ص ١٢٩١ ، ج ٢ ص ٦٧٨ ، المستصفى ج ١ ص ٩٣ ، الموافقات ج ١ ص ١٣١ وما بعدها ص ١٥١ ، فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٢٣٦ .

(٢) التوضيح لصدر الشريعة ج ٢ ص ١٩٦ ، حاشية الرهاوى

ص ٩٨٠ .

فالاختيار في العقود هو مجرد ارادة العبارة أو ما يقوم مقامها وعلى ذلك فعندنا لا يتنافى الاختيار مع الهزل ويتنافى مع الاكراه^(١) .

أما الرضا فهو امتلاء الاختيار أى بلوغه نهايته ، فهو الارتياح الى العقد والرغبة فيه - أى فى الحكم - بحيث يفضى أثره الى الظاهر^(٢) .

والرضا يشمل الاختيار دائما وليس العكس ، وعلى ذلك فالرضا لا يتحقق مع الهزل ولا مع الخطأ ولا مع الاكراه ... الخ^(٣) . وقد عول الحنفية على الاختيار لانعقاد العقد ، فيه يوجد . أما الرضا فليس بلام لانعقاد العقود ولكنه شرط لصحة أكثرها ، فان لم يوجد الرضا فى بعض العقود تنعقد وتلزم آثاره كالنكاح والطلاق والعقاق^(٤) .

وبعضها يكون فاسدا لا تترتب عليه آثاره ويجب فسخه أو الرضا مثل عقود المبادلات المالية والعقود التى تكون الأموال معقودة بالنيات فيها^(٥) . فهذه العقود لا تكون صحيحة الا اذا وجد الرضا ، وإن انعقد بوجود الاختيار .

-
- (١) انظر عكس ذلك : كشف الأسرار ج ٤ ص ١٣٩٧ ، ١٥١٠ .
(٢) البزدوى فى كشف الأسرار على أصول فجر الاسلام ج ٤ ص ١٥٠٣ هذا عن الرضا أما التراضى فهو الرضا من الجانبين والتراضى والطيب يعتبران ممن له العقد وهو المالك أو وليه أو وكيله ، انظر نظرية العقد لابن تيمية ص ١٥٣
(٣) يقول الرهاوى : « الاختيار هو المعتبر فى علية الأحكام ونفاذ التصرفات (أى التى لا تقبل الفسخ) والرضا قد يكون وقد لا يكون » .
(٤) وإن كانت أحوال استثنائية يفسخ بعضها فيها .
(٥) العقد الفاسد عند الحنفية لم يوجد عند غيرهم وهو أثر من آثار التفرقة بين الرضا والاختيار ، وينقلب صحيحا اذا تحقق الرضا .

ولا يوجد الرضا الا بزوال سبب فسادها أو عدم صحتها .
أما الشافعية والمالكية والحنابلة^(١) فالاختيار والرضا عندهم متلازمان ، بمعنى أنه لا يوجد أحدهما بدون الآخر .
فالاختيار عندهم هو القصد الى العبارات المنشئة للعقود ، بحيث تكون تلك العبارة أو ما يقوم مقامها ترجمة عما في النفس ودليلاً على الرغبة في العقد وآثاره ، وهذا هو معنى الرضا .
ومن ثم لا ينقصد العقد من غير تحقق الرضا وعلى ذلك يتحقق الاختيار مع الهزل أو الاكراه والنسيان والخطأ .

المطلب الثاني

موقف الفقهاء المسلمين من الارادة الباطنة والظاهرة

(القصد والتعبر)

بالنظر في الفروع والمسائل الفقهية في المذاهب المختلفة نجد أن الفقهاء انقسموا الى فريقين :
فريق يغلب الارادة الظاهرة (التعبير) ويعحكم بصحة التصرف بناء على ذلك^(٢) .
وفريق آخر يتلمس ما يكنه العاقدان من نية وقصد وغرض من العقد^(٣) .

(١) انظر الخطاب ج ٤ ص ٢٣٥ وما بعدها ، الموافقات ج ٢ ص ٢٢٥ وما بعدها ، اعلام الموقعين ج ٢ ص ٩١ وما بعدها .
(٢) انظر أدلة هذا الفريق في الجامع الصغير ج ١ ص ٣٥٤ ، اعلام الموقعين لابن القيم ج ٣ ص ٨٧ ، ٨٨ .
(٣) انظر أدلة هذا الفريق في اعلام الموقعين ج ٣ ص ٨٢ وما بعدها ، ص ١٠٦ ، ١٠٨ .

ففقهاء المسلمين ليسوا جميعا على درجة واحدة في اعتبار النية والقصد في العقود^(١) .

١ - فمنهم من اعتبرها وأجرى أحكام العقد على مقتضاها ، وأظهر من سلك ذلك هم الحنابلة فقد قالوا بطلان بيع التلجئة^(٢) بل أظهره خوفا من ظالم ونحوه حيث تواطأ عليه ، وقالوا بعدم صحة بيع ما قصد به الحرام ، كغيب وعصير لمتخذهما خمرًا ونحو ذلك إذا علم البائع ذلك ولو بقرائن^(٣) .

ومثل الحنابلة المالكية فقد قالوا بمنع بيع أرض تتخذ كنيسة أو خمارة^(٤) فهم قد جعلوا للنية والقصد أثرا في صحة العقد وفساده كالحنابلة .

٢ - ومن الفقهاء المسلمين من عول على الارادة الظاهرة (التعبير) في القول بصحة العقد من عدمه ، وفي مقدمتهم الشافعية فقد قالوا بصحة بيع التلجئة ونحوه^(٥) ، والحنفية في الجملة كالشافعية ، ويظهر ذلك من آرائهم في بيع العينة وزواج المحلل وبيع التلجئة^(٦) .

(١) على عكس ما يذهب اليه البعض من اطلاق القول بالنسبة للفقهاء الاسلامي فيقول البعض انه يغلب الارادة الظاهرة ، د. السنهوري مصادر الحق ج ١ ، ويقول البعض انه يغلب الارادة الباطنة د. صبحي محمصاني .

(٢) وهو اظهار بيع لم يريده العاقدان وهو ما يسمى بالصورية .

(٣) انظر كشف القناع ج ٣ ص ٥ ، ج ٣ ص ٥٢ لابن تيمية ج ٣ ص ٤٩ ص ٢٣٧ .

(٤) الدسوقي ج ٣ ص ٧ ، بداية المجتهد ج ٣ ص ١١٦ .

(٥) المجموع ج ٣ ص ٣٣٤ .

(٦) ويشترط الحنفية في التلجئة ان يكون الهزل صريحا مشروطا باللسان اى لا يشترط ذكره في العقد والا انتفت حقيقة الصورية ولا يثبت الهزل عندهم بدلالة الحال كالحنابلة ، انظر شرح ابن ملك وحواشيه ص ٩٧٩ وما بعدها ، الكاساني في البدائع ج ٧ ص ٣٠٨٩ .

(أ) وبيع العينة له صور كثيرة وغرض المتبايعين فيه التحايل على أخذ الربا^(١) .

ومن صورہ أن يبيع شخص سلعة بثمن مؤجل ثم يشتريها بأقل مما باعها به بثمن حال ، أو توسط البائع والمشتري بينهما شخصا ثالثا بأن يبيعه سلعة بألف وخمسمائة مثلا الى أجل ثم يبيعها المشتري الى شخص ثالث بألف حالة ويقبضها ثم يبيعها الثالث الى الأول بألف حالة^(٢) .

(ب) وفيما يتعلق بنكاح المحلل فصورته أن يتزوج رجل بامرأة ليحلها لزوجها الأول الذي طلقها ثلاثا ، ثم يطلقها بعد الدخول وتنقضي عدتها منه ، ويتواطأ الرجل والمرأة على ذلك ، ولم يشيرا اليه في العقد ولم يشترطاه^(٣) .

وقد يثار أن المذهب الحنفى اشتهرت أصوله بما يفيد أنه يتجه الى القصد والغرض فمن قواعده :

« العبرة بالمعاني لا بالألفاظ والمباني » .

« الاعتبار في أوامر الله المعنى ، والمعتبر في أمور العباد الاسم واللفظ »^(٤) .

(١) انظر العناية ج ٥ ص ٢٠٨ ، فتح القدير ج ٥ ص ٤٢٤ ، ٤٢٥ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٧٦ ، بلغة السالك على الشرح الصغير ج ٢ ص ٤٠ ، ٤١ .

(٢) وفي جوازه يقول الشافعى في « الأم » : « ومن باع سلعة من السلع الى أجل من الآجال وقبضها المشتري فلا بأس أن يبيعها الذي اشتراها بأقل من الثمن أو أكثر ودين وتقد لأنها بيعة غير البيعة الاولى » . ج ٣ ص ٣٣ ، ٣٤ ، انظر المحلى ج ٨ ص ٥١٢ .

(٣) انظر في آراء المذاهب فيه شرح الزيلعى على متن الكنز ج ٢ ص ٢٥٩ ، الهداية وفتح القدير ج ٣ ص ١٧٧ ، الدرر شرح الفروع ج ١ ص ٣٨٧ ، الخرشي ج ٣ ص ٢١٦ .

(٤) انظر حاشية الحموى على الاشباه ص ٣٢٠ .

ويوفق فضيلة المرحوم محمد أبو زهرة^(١) بين الأمرين بقوله :
ان المراد من المعنى فى القضية الثانية (القاعدة الثانية) النية والعرض
والمرمى الذى لم يقترن بالعقد عبارة تنبىء عنه صراحة ، والمراد
بالمعنى فى (الأولى) المدلول الذى يفهم من العبارات التى أنشئ بها
العقد متضامنة متلاصقة غير متنافرة بحيث يشترك كل جزء من
العبارة فى إنتاج ذلك المدلول .

ولذلك يسوق صاحب الأشباه فى تطبيق تلك القضية « العبرة
بالمعنى لا باللفظ فى العقود » أن الكفالة اذا اشترط فيها براءة الأصل
تكون حوالة ، وأن الحوالة اذا اشترط فيها مطالبة الأصل تكون
كفالة ، وأن الهبة اذا صرح فيها بالعوض عند تكوين العقد تكون
بيعا^(٢) ...

وينتهى فضيلته الى خلاصة مؤداها :

ان المراد من قاعدة « العبرة للمعاني لا للألفاظ والمباني » هو
أنه لا يلتفت فى أحكام العقود الى المدلولات اللغوية أو العرفية مجردة،
بل لا يعنى فى الأحكام الا بالمدلول الذى تدل عليه جملة العبارات فى
العقد ، ويصح أن تكون مرادا للمتكلم يدل عليه الكلام صراحة ولو
عن طريق المجاز لا الحقيقة . أما الدوافع والمقاصد والغايات والمرامى
كأن يريد بالبيع التحايل على الربا ، أو يراد بالزواج إحلالها لمطلقها الثلاث
وغير ذلك من المقاصد الأولى والغايات الباعثة والأغراض الدافعة فذلك
ما لا تتعرض له تلك القاعدة .

وبعد ما تقدم ، ولما كان الرضا أصل من أصول التعاقدات فى
الفقه الاسلامى تدل عليه أصول الشريعة من القرآن والسنة فان ما
يذهب اليه الذين يعتدون بالارادة الباطنة - القصد - اذا دل عليه دليل

(١) الملكية ونظرية العقد ص ٢٤٩ .

(٢) الأشباه ج ١ ص ٣٢٤ .

هو الراجح عندنا الذى يشهد له المنقول والمعقول فكل ما يدل على الرضا يجب اتباعه وهذا قول ابن تيمية وابن القيم وهو موافق للكتاب والسنة والله أعلم .

المطلب الثالث

توافق الارادة الظاهرة والباطنة واختلافهما
(تطابق الارادة الباطنة مع التعبير وعدمه)

اذا وجدت الارادتان متوافقتين مع شروطهما المعتبرة تم العقد وترتبت عليه آثاره . أما اذا كان هناك عدم توافق بين الارادتين الظاهرة والباطنة أو عدم تطابق بين الرضا والتعبير ، أو الارادة الباطنة والتعبير فان ذلك يظهر على الوجه التالى :

أولاً : أن تكون الارادة الحقيقية الى التعاقد أو الارادة الباطنة منتفية ، ويظهر ذلك فى صورية العقود (حالة المواضعة أو التلجئة وحالة الهزل) ، وفى عبارة المجنون والمنغى عليه والسبى غير المميز والملقن والمعلم ونحوهم .

ثانياً : أن تكون الارادة الحقيقية الى التعاقد مشكوك فيها وهى ما يعبر عنه بعيوب الارادة أو عيوب الرضا أو عيوب العقد^(١) .

الفرع الأول : حالات انتفاء الارادة الباطنة

أولاً - صورية العقود (التظاهر بإنشاء عقد) :
تتمثل صورية العقود فى حالتين هما :

أ - حالة المواضعة والتلجئة :

والضابط فيها تواطأ المتعاقدان على التظاهر بشئ على خلاف الحقيقة .

(١) انظر محمد أبو زهرة المرجع السابق ص ٥٣

وقد تكون في أصل العقد فيتظاهر المتعاقدان بإنشاء عقد أو الإقرار بعقد من غير أن يكون لذلك حقيقة بينهما .

ولما في المواضعة من التجاء الشخص الى غيره ليتخذ من العقد الصوري معه ستارا ظاهريا خوفا من ظالم أو غاصب يسمى تلجئة^(١) .

وقد تكون في مقدار البذل المتعاقد عليه دون أصل العقد كما في التظاهر بالزيادة ، في المهور والثلث في العقد . وفي الصور السابقة للمواضعة المعتبر عند الشافعي هو المعلن في العقد والبيع نافذ وصحيح ولا عبرة بما كان سرا . أما جمهور الفقهاء فالمعتبر عندهم الإرادة الباطنة ما دامت تثبت بالدليل ولا اعتبار بالظاهر فلا يلزم بيع التلجئة ويلزم مهر السر والثلث الحقيقي اذا قام الدليل عليه ولا عبرة بما تظاهر به المتعاقدان وأعلنه^(٢) .

٢ - الهزل :

الهزل هو أن يراد بالشئ ما لم يوضع له ، ولا ما صلح له اللفظ استعارة ، فهو كلام العايب الذي لا يقصد أن تترتب على كلامه آثاره وأحكامه الشرعية ، وإن كان يتكلم بصيغة العقد باختياره ورضاه ، وعلى ذلك فالهزل لا ينافي الرضا بمباشرة السبب واختياره ، ولكنه ينافي اختيار الحكم والرضا به^(٣) .

(١) انظر البدائع ج ٥ ص ١٧٦ ، ١٧٧ ، تنقيح الفتاوى الحامدية ج ١ ص ٢٣٠

(٢) انظر فتح القدير ج ٢ ص ٤٤٣ وفي ذلك يقول ابن تيمية في كتابه قاعدة العقود (نظرية العقد) : « ان أصل المذهب أن الشروط المتقدمة مع العقد كالمقارنة له فاذا تواطأ ثم عقد العقد مطلقا حمل على خلاف ما شرط عليه وهذا غدر وتكث لا يلزم معه العقد » ص ٢٠٤ الطبعة الأولى . مطبعة السنة المحمدية ، انظر المدخل الفقهي العام - مصطفى الزرقا ج ١ ص ٣٦١

(٣) انظر كشف الأسرار ج ٤ ص ١٥٠٤ ، حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٠٩

وقد اختلفت آراء الفقهاء في عبارة الهازل والتصرفات التي تتأثر بالهزل :

١ - فذهب الحنابلة والمالكية الى أن الهزل مبطل للعقود والتصرفات ، ومن ثم لا يترتب على عبارته أى أثر الا في العقود التي لا تحمل النقص والفسخ ولا تتراخى أحكامها عن أسبابها فلا تأثير للهزل فيها ، وتنفذ صحيحة كالنكاح والطلاق والرجعة واليسين والنذر .

أما الحنفية فأكثرهم يعتبرون عقود الهازل فاسدة باستثناء الخمسة السابقة التي لا تتراخى أحكامها عن أسبابها ويعتبرونها فاسدة لأن التصرف صدر من أهله مضافا الى محله^(١) ، وعلى ذلك ينقلب عقد الهازل صحيحا لو رضى بحكمه .

٢ - وذهب الشافعية على الصحيح عندهم الى صحة عقود الهازل بلا فرق بين عقد وآخر ، فلا تأثير للهزل عندهم في عقود الهازل لأنه قد قصد العبارة وهو أهل للاختيار فيؤخذ بما تدل عليه عبارته^(٢) .

ثانيا - عبارة المجنون والمغنى عليه والصبي غير المميز وما في حكمها

من عبارة الملقن (٣) والمعلم (٤) :

في جميع هذه الحالات تكون العبارة غير مقصودة ولا تعبر عن

(١) انظر فتح القدير ج ٢ ص ٣٤٧ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١١١ ، ١١٢

(٢) انظر نهاية المحتاج ج ٨ ص ٣٨ ، المجموع للنووي ج ٩ ص ١٧٧ ، أيضا حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٩

(٣) ذهب البعض الى الزام المتلفظ بما لقن به ان كان طلاقا او عتاقا أو زواجا استنادا الى حديث : « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والعتق » وجاء في حاشية ابن عابدين ان المفتى به انه لا يقع ج ٤ ص ٤٤

(٤) روى ابن تيمية أن امرأة طلبت من زوجها أن يسميها خلية طالق فقال أنت خلية طالق فذهبت الى عمر بن الخطاب فقصت عليه ما حدث فاستدعى زوجها فجاء فقص عليه فقال له عمر : خذ زوجتك وأذهب - الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٧٦

ارادة باطنية حقيقية ومعتبرة رغم وجود الصيغة ، ومن ثم لا يترتب عليها شيء ولا تفيد أى التزام •

ويتفرع على هذه الحالات عقد السكران والمخطيء والناسى •

(١) عقد السكران :

السكران هو الذى لا يعى ما يقول ، وقيل ان السكر غفلة تلحق الانسان مع فتور فى الأعضاء بمباشرة بعض الأسباب الموجبة لها من غير مرض وعلة (١) •

وقد اختلفت آراء الفقهاء فى حكم عقود السكران :

١ - اذا كان السكر من غير طريق محظور كسكر المضطر ومن تناول دواء فسكر به فلا يصح شيء من عقود هذه الحالة •

٢ - اذا كان السكر بمحرم فقد اختلفت آراء الفقهاء على النحو اتالى :

فذهب البعض ومنهم ابن تيمية وابن القيم وأحمد فى رواية والكرخى والطحاوى من الحنفية أن عقودهم غير جائزة لأنه زائل العقل فأشبهه المجنون والنائم •

وذهب الحنفية والشافعية فى الصحيح عندهم وأحمد فى رواية الى القول بصحة عقودهم ، وان كان بعضهم قد قال بذلك زجرا له ، وقال البعض بصحة هذه التصرفات من باب خطاب الوضع وربط الأسباب بالمسببات •

وفرق المالكية بين العتق والطلاق وبين سائر العقود فيصح عتقه وطلاقه ويلزم ، أما سائر عقودهم فغير لازمة وان انعقدت صحيحة •

فالسكر مانع من اللزوم لا من الصحة فيجوز له الرجوع اذا ادعى

(١) انظر نظرية العقد - د. محمد شوكت ص ١٠٩

السكر وأقره خصمه ، أما إذا أنكر خصمه فلا يصدق ويلزم العقد ما لم تكن هناك بينة أنه كان لا يعقل بسبب السكر^(١) .

(ب) عقد المخطيء والناسي :

وهنا أيضا تصدر العبارة من غير قصد فمن أخطأ أو نسي وتلفظ بعبارة تنشيء التزاما فقال أكثر الفقهاء ان عبارته لا يترتب عليها أثر^(٢) . وقال الحنفية ان عبارتهما يترتب عليها آثارها حرصا على استقرار المعاملات^(٣) .

* * *

الفرع الثاني : حالة ما اذا كانت الارادة الحقيقية الى التعاقد مشكوك في صحتها

(عيوب الارادة أو عيوب الرضا)

في هذه الحالات لا يمكن القطع بانتفاء الارادة العقدية الحقيقية كما لا يمكن القطع بسلامتها من العيوب ، بل توجد آفة أصابت ارادة العاقد ولا يستطاع معها اعتبار رضاه صحيحا كاملا^(٤) وهذا ما اصطلح على تسميته بعيوب الارادة وهي :

- | | |
|---------------|-------------|
| ١ - الاكراه . | ٢ - الغلط . |
| ٣ - التدليس . | ٤ - الغبن . |

(١) انظر أعلام الموقعين ج ٣ ص ٣٣ ، ج ٤ ص ١٤٧٢ ، المغنى ج ٧ ص ١١٤ ، ج ٨ ص ٢٥٥ ، فتح القدير ج ٣ ص ٤٠ ، المجموع للنووي ج ٩ ص ١٥٥ ، نهاية المحتاج ج ٦ ص ٤٣٧ ، ٤٣٨ .
(٢) حجبتهم أن الله رفع عنه الجناح في قوله تعالى : ﴿ وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم ﴾ (الأحزاب : ٥)
ولحديث الرسول ﷺ : « وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » انظر المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ١١٨ .

(٣) انظر فتح القدير ج ٣ ص ٤٥ ، البحر الرائق ج ٥ ص ٢٦٦ .

(٤) انظر المدخل الفقهي العام - د. مصطفى الزرقا ج ١ ص ٣٦٤ .

أولا : الاكراه

● معناه :

الاكراه فى اصطلاح الفقهاء وهو حمل الغير بغير وجه حق على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر المكره باقل جهد على ايقاعه ويصير غير المكره خائفا به فانت الرضا بالمباشرة ^(١) ومن يكون من شأنه احداث ضرر به .

● انواعه : ملجىء ، وغير ملجىء ^(٢) .

١ - الاكراه الملجىء : هو ما يكون التهديد فيه بقتل النفس أو اتلاف عضو أو ضرب مبرح شديد يخاف منه تلف النفس أو العضو ، والضابط فى الضرب تحقق الاضطرار والضرورة لاختلاف أحوال الناس فمنهم من يحتمل الضرب الشديد ومنهم من يؤذيه الضرب اليسير ، ويسميه الكاسانى « الاكراه التام » .

٢ - الاكراه غير الملجىء : وهو ما يكون التهديد فيه دون ما تقدم فى الاكراه الملجىء كالحبس أو القيد ونحو ذلك ويسميه الكاسانى « الاكراه الناقص » .

وضابط الأذى أو التهديد الذى لا يبالى به عادة والأذى أو التهديد الذى يتحقق معه الاكراه متروك تقديره للقاضى ، فالاكراه أمر

(١) انظر كشف الأسرار ج ٤ ص ١٥٠٣ وتعريفات أخرى فى تبين الحقائق ج ٥ ص ٨١ ، وابن عابدين ج ٥ ص ١٠٩ ، تكملة فتح القدير ج ٧ ص ٢٩٢ ، فتح الغفار ج ٣ ص ١١٩ ، المبسوط ج ٢٤ ص ٣٩٠، ٣٨٠ .
المذهب ج ١ ص ٢٥٧

(٢) ص ٢٠٤ - المادتين ١٨٥ ، ٢٨٦ من مرشد الحيران ، والمادتين ١٠٠٦ ، ١٠٠٧ من مجلة الأحكام العدلية . ويتضح أن هذا التقسيم خاص بالمذهب الحنفى .

نسبى يختلف باختلاف أحوال الناس^(١) . ويذهب بعض الحنابلة الى عدم مراعاة أحوال الناس فيشترطون الاكراه البدنى^(٢) .

هذا .. وقد قسم الشافعى الاكراه الى اكراه بحق واكراه بغير

حق .

ففى الأول يكون القصد منه الوصول الى غرض مشروع كجبر القاضى المدين على بيع ماله وفاء لدين الغرماء ونحو ذلك فهو اكراه للوصول الى غرض مشروع^(٣) .

وعند الحنفية اكراه الشخص على اقامة ما هو مستحق عليه

لا يوجب الضمان على المكره^(٤) .

وعلى ذلك تصح التصرفات مع الاكراه بحق وتكون التصرفات

باطلة مع الاكراه بغير حق .

● اثر الاكراه فى التصرفات القولية :

الاكراه بنوعيه عند الحنفية لا ينافى الاختيار ، فالمكره عندهم

مختار فالاكراه لا يعدم الاختيار لأن الأخير لو سقط لتعطل الاكراه ،

اذ الاكراه فيما لا اختيار فيه لا يتصور ، ولكن الرضا يكون منعدا

دائما مع الاكراه^(٥) .

(١) انظر فى بيان ذلك تفصيلا : الزيلعى ج ٥ ص ١٨٢ ، المبسوط

ج ٢٤ ص ٥٠ ، ٦٨ ، الفتاوى الخانية ج ٣ ص ٤٨٣ ، البدائع ج ٧

ص ١٧٦ ، حلى المعاصم ج ٥ ص ٧٥ ، المهذب ج ٢ ص ٧٨ ، تنص المادة

٢٨٨ من مرشد الحيران على أنه « يختلف الاكراه باختلاف أحوال الأشخاص

وسنهم وصنعتهم ومناصبهم وجاههم ودرجة تأثرهم من الحبس والضرب

كثرة وقلة وشدة وضعفا » .

(٢) المغنى ج ٨ ص ٢٦٠ ، ٢٦١

(٣) انظر الخرشي ج ٢ ص ٩ ، التاج والاكلیل للمواق ج ٤ ص ٢٥١

فقد وردت فيهما صور للجبر الشرعى - التلويح ج ٢ ص ١٩٦ ، ١٩٧ ،

الأم ج ٣ ص ٢١٠ ، المهذب ج ٢ ص ٧٨

(٤) انظر المبسوط ج ٢٤ ص ١٠١

(٥) انظر المبسوط ج ٢٤ ص ٣٨ ، ٣٩ ، التلويح شرح التوضيح

ج ٢ ص ١٩٦

والتصرفات القولية تنقسم الى انشائية واخبارات ، أو انشاء
واقرار •

اولا - التصرفات الانشائية : وتنقسم الى قسمين هما :

١ - تصرفات لا تحتل الفسخ ولا يؤثر فيها الهزل : كالزواج
والطلاق والعتاق والنذر واليمين ويرى الحنفية أنها جائزة مع الاكراه^(١) .

٢ - تصرفات تحتل الفسخ ويؤثر فيها الهزل : كالبيع - والاجارة
- وغير ذلك من التصرفات •

وفقها اختلفت آراء الفقهاء على النحو التالي :

الحنفية بينهم خلاف في الراى :

فيرى أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد أن هذه التصرفات فاسدة
مع الاكراه ولكنها تخالف سائر التصرفات الفاسدة بغير اكراه فى الأمور
الآتية :

(أ) أنها تجوز بالاجازة بخلاف التصرفات الفاسدة^(٢) •

(ب) لا يزول فيها الفساد ولو تداولت الأيدى العين فيكون للبائع
المكره مثلا أن يسترد العين ولو تداولتها الأيدى بخلاف التصرفات
الفاسدة الأخرى حيث يبطل فيها النقص بالتصرف •

(ج) العوض الذى يقبض المكره بسبب العقد المكره عليه لا يكون
مضمونا الا بالتعدى ، فيده عليه يد أمانة بخلاف غيره من التصرفات^(٣) .

ويرى زفر أن هذا التصرف موقوف على اجازة العاقد المكره بعد
زوال الاكراه لا فاسد ، ومن ثم فلا يثبت الملك بالقبض فى بيع المكره ،
على حين قد يثبت الملك بالقبض على رأى أبى حنيفة وصاحبيه •

(١) انظر المبسوط ج ٢٤ ص ٤١ ، ٤٢

(٢) انظر البدائع ج ٧ ص ١٨٦

(٣) انظر ابن عابدين ج ٥ ص ١١٤ ، ١٢٥

المالكية : يرون أن التصرف في هذه الحالة غير لازم فيكون للعاقد المكره الخيار بين فسخ العقد أو امضائه^(١) .

الشافعية : يرون أن تصرفات المكره في هذه الحالة باطلة ويستوى عندهم التصرفات التي تحتل الفسخ والتي لا تحتل^(٢) .

ثانيا - الاقرار - ولا فرق فيه بين تصرف محتمل للفسخ وتصرف لا يحتل الفسخ :

والاكراه يمنع من صحته ، ولا يعتد بالاقرار مع الاكراه لأن الحق انما يثبت بالاقرار وقبل الاقرار لم يكن هناك حق ثابت^(٣) .

وفي المذهب المالكي تفصيل : فهناك قول بعدم قبول الاقرار مع الاكراه ، وقول بقبوله ، وقول يفرق بين ما اذا عين المقر ما اعترف به من قتل أو سرقة أو نحو ذلك فيقبل اقراره ، وما اذا لم يبين شيئا من ذلك فلا يقبل اقراره^(٤) .

* * *

● الاكراه في القانون وفقهه :

نظرا لاعتبار الفقه القانوني التراضي ركنا من أركان العقد فقد تحدث فقهاء القانون عن وجود التراضي وعن صحة التراضي ، وفي صحة التراضي تحدث الفقهاء عن الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب .

-
- (١) حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٦ ، الخطاب ج ٤ ص ٢٤٨ ، شرح الخرشى ج ٥ ص ١٠ .
- (٢) انظر المبسوط ج ٢٤ ص ٥٦ ، ٥٩ ، والمهذب ج ١ ص ٢٥٧ ، المجموع للنووي ج ٩ ص ٦٦١ .
- (٣) انظر المبسوط ج ٢٤ ص ٧٠ ، ٧٢ - البدائع ج ٧ ص ٨٩ ، ١٩٠ .
- (٤) انظر الخطاب ج ٥ ص ٢١٦ ، ٢١٧ ونهاية المحتاج للرملى وقد جاء فيه : « ولا يصح اقرار المكره بما أكره عليه بغير حق » ج ٥ ص ٧١ ، ٧٢ .

أما في الفقه الاسلامي فقد تحدث الفقهاء عن التراضي من خلال ركن الصيغة أو التعبير ، وتحدثوا عن الأهلية والنيابة في التعاقد من خلال ركن العاقدان أو طرفا العقد ، وتحدثوا عن عيوب الرضا من خلال حديثهم عن تطابق الارادة الظاهرة مع الارادة الحقيقية ومن ثم حالة ما اذا كانت الارادة الحقيقية في التعاقد مشكوك فيها أي يعتورها عيب من عيوب الرضا •

ونعتقد أن الاختلاف في طريقة الفقه الاسلامي والفقه القانوني اختلاف منهج وصناعة ، فالنظريات القانونية هي التي تسيّر الأحكام التفصيلية في النظام القانوني ، والأصول الشرعية أو مصادر التشريع هي التي تسيّر الأحكام التفصيلية في الفقه الاسلامي ، ومن ثم فلا غرابة أن يكون هناك اختلاف في طريقة تناول ومعالجة المسائل التي يتناولها النظام القانوني عن نظيرتها في الفقه الاسلامي •

وفيما نحن بصدد فان لنظرية سلطان الارادة في النظام القانوني أثر في تناول الفقه لعيوب الارادة مع الأهلية بصدد الحديث عن صحة التراضي وان كان التراضي وجودا وصحة يدخل في الصيغة أو التعبير عن الارادة كركن من أركان العقد في الفقه الاسلامي ثم يأتي الحديث عن عيوب الارادة في القانون هي الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال وسنبين موقف القانون وفقهه من كل عيب من هذه العيوب على النحو التالي :

● الاكراه في القانون (الخوف) (La Violence) :

تعريف : هو رهبة تتولد في النفس نتيجة تهديد بايقاع أذى به أو بغيره فيحمله ذلك على التعاقد ، فارادة الشخص في التعاقد مدفوعة بعامل الخوف والرهبة ، فالارادة موجودة ولكنها ليست حرة ، أما الاكراه الذي يعدم الارادة فيجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا ويخرج عن نطاق

البحث القانوني ، أما الاكراه الذي يعيب الارادة فقط فيجعل العقد قابلا للإبطال وهو في ذاته يعتبر أيضا عملا غير مشروع يستوجب التعويض وهذه الارادة المعيبة بالاكراه ارادة فاسدة لم تكن حرة مختارة ، والذي يفسد الارادة والرضا هو الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد لا الوسائل المادية التي تستعمل في الاكراه^(١) .

* * *

● مصدر الاكراه :

١ - يستوى في الاكراه أن يصدر من أحد المتعاقدين أو يصدر من الغير وبوصفه عيبا في الرضا يفسد الارادة ويجعل العقد قابلا للإبطال^(٢) .

والاكراه الصادر من غير المتعاقدين نصت عليه المادة (١٢٨) مدني مصري بقولها :

« اذا صدر الاكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطلب ابطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الاكراه »^(٣) .

وعلى ذلك فالاكراه الصادر من الغير لا يجعل العقد قابلا للإبطال ، الا اذا أثبت المتعاقد المكره أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الاكراه ، ولا يشترط القانون اللبناني في المادة (٢٠٩) هذا الشرط في الاكراه الصادر من الغير حتى يستفيد

(١) د. السنهوري - نظرية العقد ص ٤١٨ ، ٤٤٤ - د. حلمي بهجت بدوي - المرجع السابق ص ١٣٣ - ١٤٤ ، د. أحمد حشمت أبو ستيت - المرجع السابق ص ١٦٧ وما بعدها - د. محمد لبيب شنب ص ١٧٠ استاذنا الدكتور عبد الودود يحيى - النظرية العامة للالتزامات ص ١٠٢ وما بعدها .

(٢) د. عبد السلام ذهني - الالتزامات - فقرة ١٣٦ - د. محمد صالح - أصول التعهدات فقرة ٣٨١

(٣) يقابل هذا النص م ١٢٨ لبيبي وم ١٢٩ سوري وم ١١٤ سوداني وم ٢١٠ لبناني وم ١٢٥ كويتي وم ٥٣ تونسي .

منه المتعاقد المكره فيجوز للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ولا يخل هذا بحق المتعاقد الآخر حسن النية في التعويض وقد يكون خير تعويض هو بقاء العقد صحيحا .

ومن يدعى الاكراه عليه اثباته ، والوقائع التي تكون الاكراه تعتبر مسألة موضوعية يستقل بها قاضي الموضوع ، أما الوصف القانوني لهذه الوقائع وما اذا كانت تشكل اكراها من عدمه فيعتبر مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض .

٢ - الاكراه الناجم عن ظروف تهيات مصادفة (حالة الضرورة) :

فقد تنهيا ظروف مصادفة يستغلها المتعاقد للإفادة منها لحمل من وقع تحت تأثير هذه الظروف على التعاقد كالطبيب الذي يستغل خطورة المرض فيجبر المريض على دفع مبلغ كبير أجرا للعلاج أو الشخص الذي ينقذ آخر من الغرق أو الحريق ويطلب منه التعهد بمبلغ باهظ .

وقد ذهب الفقه والقضاء في مصر الى أن الاكراه يتحقق في هذه الحالة .

وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المصرى يشتمل على نص في هذا الخصوص هو المادة (٣/١٧٨) التي تقول :

« إذا أبرم شخص عقدا للخلاص من خطر جسيم حال يهدده هو أو أحد أقاربه فلا يعتبر هذا العقد قابلا للإبطال بسبب الاكراه اذا كان الطرف الآخر حسن النية ولم يقصد أن يستغل الطرف المهدد »^(١) وقد حذف هذا النص اكتفاء بالقواعد العامة في تقرير هذا الحكم وبخاصة قواعد الاستغلال^(٢) .

* * *

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٨٥ ، ١٨٦ هامش .
(٢) د. توفيق حسن فرج - نظرية الاستغلال - رسالة الاسكندرية ١٩٥٧ فقرة ٥١ - ٥٧ ويرى أن حالة الضرورة لا يمكن اخضاعها لنصوص الاكراه .

● شروط الاكراه :

لقد أوردت المادتان ١٢٧ ، ١٢٨ مدنى مصرى عناصر الاكراه وأحكامه فتنص المادة (١٢٧) على ما يأتى :

- « ١ - يجوز ابطال العقد للاكراه اذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس .
- ٢ - وتكون الرهبة قائمة على أساس اذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطرا جسيما محققا يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال .
- ٣ - ويراعى فى تقدير الاكراه جنس من وقع عليه هذا الاكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامته الاكراه » (١) .

ويبين من هذا النص أن عناصر الاكراه وشروطه اثنان هما :

(١) استعمال وسائل للاكراه تهدد بخطر جسيم محقق وهذا عنصر موضوعى .

(٢) رهبة فى نفس المتعاقد تحمله على التعاقد تبعثها وسائل الاكراه وهذا هو العنصر النفسى .

الشرط الأول - استعمال وسائل للاكراه تهدد بخطر جسيم محقق :

فلا بد من استعمال وسائل للاكراه تقع على الجسم أو على النفس فتهدد المتعاقد أو شخصا عزيزا عنده أى تهدد المكروه نفسه أو غيره وعلى ذلك فالاكراه فى فقه القانون نوعان :

(١) يقابل هذا النص م ١٢٧ لىبى وم ١٢٨ سورى وم ١١٢ - ١١٦ عراقى وم ٢١٠ لبنانى وم ١١٢ سودانى وم ١٢٤ كويتى وم ٥٠ - ٥٥ تونسى .

(أ) اكراه حسي (Violence Physique) :

وفيه تقع وسائل الاكراه على الجسم •

(ب) اكراه نفسي (Violence Morale) :

وفيه تكون الوسيلة تهديدا بالحاق الأذى دون ايقاعه بالفعل في الجسم أو النفس أو الشرف أو المال للمكره أو غيره وهذا هو الاثر وقوعاً^(١) •

ويشترط في الخطر المهدد به في الاكراه أن يكون جسيما والعبرة في جسامته بحالة المكره النفسية ، وأن يكون محدقا أي وشيك الوقوع •

والخطر اما أن يصيب المتعاقد نفسه أو غيره في جسمه أو نفسه أو شرفه واعتباره بين الناس والثقة فيه لا سيما اذا كانت مهمته تقتضى توفر هذه الثقة كما في التجارة ، واما على ماله •

أما اذا استعملت وسائل مشروعة للضغط على ارادة شخص آخر للوصول الى غرض مشروع فلا يبطل العقد للاكراه •

● الشوكة والنفوذ الأدبي :

الأصل أن النفوذ الأدبي بمجردده لا يكفي لتحقيق الاكراه ولكن

(١) ويذهب رأى حديث (د. على محيى الدين القره داغى - مبدأ الرضا في العقود ج ١ ص ٤٧) الى انتقاد هذا التقسيم وعدم صحته في القانون المدنى الذى يبحث فى الاكراه باعتباره عيبا فى الرضا ذلك لأن الاكراه الحسى اذ يؤدى الى الخوف فيصبح اكراها معنويا ، وفى هذا خلط بين الوسيلة التى يقع بها الاكراه والنتيجة التى يؤدى اليها وهى الرهبة والخوف وهذا هو جوهر الاكراه ايا كانت وسيلته أو وسائله والتقسيم الذى قال به الفقه انما هو للوسيلة أما النتيجة فلا خلاف عليها ومن ثم يصح عندنا هذا التقسيم كتصوير لوسائل الاكراه •

إذا أسىء استخدامه بحيث صحبه تأثير غير مشروع فإن العقد يجوز
إبطاله حينئذ بسبب الاكراه^(١) .

**الشرط الثانى - يجب ان تتولد فى نفس المكره رهبة تحمل على
التعاقد :**

هذه هى المسألة الجوهرية فى الاكراه فما تقدم بشأن الخطر
ووسائله وصورته انما هو المظهر المادى للرهبة التى انبعثت فى نفس
المتعاقد المكره فحملته على التعاقد فليس الخطر الجسيم المحدث مقصودا
لذاته بل بالنتيجة التى يؤدى اليها من وقوع الرهبة فى النفس دفعت
المكره الى التعاقد فيجب النظر اذن الى حالة المتعاقد الشخصية والعوامل
التي تتوقف عليها حالته النفسية من الجنس والسن والصحة والحالة
الاجتماعية وكل ما من شأنه أن يؤثر فى جسامه الاكراه فى نفس
المتعاقد^(٢) وهذا هو ما يعرف بالمعيار الذاتى .

ومعرفة ما اذا كانت الرهبة هى التى دفعت فعلا الى التعاقد مسألة
وقائع لا رقابة لمحكمة النقض عليها ينظر فى تقديرها الى جميع العوامل
الشخصية السابقة والتى تتصل بشخص المكره أما وجوب الاعتداد بهذه
العوامل فمن مسائل القانون التى تعقب عليها محكمة النقض .

* * *

● تعقيب وموازنة :

من العرض السابق لموقف كل من الفقه الاسلامى والقانون الوضعى
وفقهما يتبين لنا أوجه الاختلاف وبعض أوجه الائتلاف ..

فمن أوجه الاختلاف :

(أ) اختلاف المصطلحات المستخدمة فى الفقه الاسلامى عن القانون

(١) نقض مدنى مصرى جلسة ١٩٤٣/٢/٢٥ - مجموعة القواعد
القانونية ج ٤ ص ٩٥ رقم ١٩ ، د. عبد المنعم الصدة - مصادر الالتزام
ص ٢٥٠ هامش .

(٢) انظر د. حشمت أبو ستيت - المرجع السابق فقرة ١٨٤ .

الوضعى وفقهه ، فالحنفية يقسمون الاكراه الى اكراه ملجىء وغير ملجىء وفقه القانون يقسمه الى اكراه حسى واكراه نفسى أو اكراه مادى واكراه معنوى .

وفى أثر الاكراه على التصرفات يذهب الفقه القانونى الى قابلية العقد للإبطال ، وفى الفقه الاسلامى يمكننا القول بأن للفقهاء فى هذا الخصوص أربعة اتجاهات كل اتجاه بمصطلحه ، فمن قائل بالفساد مع الاجازة ، ومن قائل بالوقف على الاجازة ، ومن قائل بعدم اللزوم والنفاذ ، ومن قائل بالبطلان .

(ب) أما من حيث اختلاف المسلك فى كل من الفقه الاسلامى وفقه القانون الوضعى ما ذهب اليه الفقه الاسلامى من التفريق فى أثره الاكراه بين التصرفات القولية المنشئة لغيرها من التصرفات والاخبارات أو الاقرار .

وفى الأولى جرى تقسيم الفقه الاسلامى لها الى تصرفات لا تقبل الفسخ ولا يؤثر فيها الهزل وهذه جائزة مع الاكراه وهذا ما لم يتطرق اليه القانون وفقهه ولعل هذا التصرفات الانشائية تعبر عن الطابع الدينى أو الصبغة الدينية فى الفقه الاسلامى .

أما التصرفات الانشائية التى تقبل الفسخ وتحتمله ويؤثر فيها الهزل فقد وقع فيها خلاف الفقهاء من حيث أثر الاكراه الى الاتجاهات الأربعة السابقة الذكر .

وفى الثانية — وهى الاقرار الذى يقدم عليه المكره — فان الاكراه لا يمنع من صحته فى الفقه الاسلامى وهذا أيضا مما لم يتطرق اليه القانون وفقهه .

ومن أوجه الاختلاف فى المسلك فى كل من الفقه الاسلامى والقانون الوضعى وفقهه أن القانون فى المادة (١٢٨) مدنى مصرى وما يقابلها فى قوانين البلاد العربية خالف جمهور الفقه الاسلامى فى

امتراط اثبات علم التعاقد الآخر فى حالة وقوع الاكراه من غير المتعاقدين أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الاكراه وذلك حتى يكون للمكره أن يطلب ابطال العقد^(١) فهذا المسلك القانونى يجافى حقيقة الاكراه باعتباره عيبا فى الارادة ومفسدا للرضا ، وما يذهب اليه بعض الفقه القانونى^(٢) فى تبرير هذا المسلك من استقرار المعاملات وحماية التعاقد حسن النية الذى يجوز له المطالبة بالتعويض وقد يكون خير تعويض هو استبقاء العقد صحيحا فان هذا الرأى وذلك التبرير اذا أراد أن يحمى متاعدا فقد أوقع الضرر بالآخر وهو المكره الواقع تحت ضغط الاكراه ، وبذلك يختل التوازن فى العلاقة التعاقدية دون مبرر قوى راجح ، وعلى ذلك فائنا لا نرى هذا الشرط حتى يثبت أو يترتب حكم الاكراه ، الا أننا فى نفس الوقت نرى أن ثبوت علم التعاقد الآخر بالاكراه لا يخل بحق المكره فى التعويض ان كان له محل وحصل له الضرر بسببه كما قال بذلك التسولى فى المذهب المالكى .

أما أوجه الائتلاف فى بعض الجزئيات فتتمثل فى المعيار الشخصى أى أن يؤخذ فى الاعتبار أحوال المكره فى تقرير الاكراه وتبيان أثره على الشخص . وكذلك فى الاكراه المعتبر من أنه التهديد الباعث على

(١) هناك فى المذهب المالكى فى الاكراه على سبب البيع ثلاثة أقوال : المذهب عدم لزومه ورأى بلزومه للمصلحة ورأى ثالث يقول باسترداد البائع المكره بضاعته اذا كان المشتري عالما بالضغط والا فلا . يقول التسولى فى البهجة شرح التحفة ج ٢ ص ٧٦ : « وأما ان أكره على سبب البيع كما اذا أكره على اعطاء مال ظلما فباع أمتعته لذلك فالمشهور أنه مردود أيضا ويأخذ البائع شيئه بلا ثمن يدفعه للمشتري وظاهره أنه يأخذه بلا ثمن ولو لم يعلم المشتري بالضغط ... الا أن العالم أثم كالفاسد وعليه الضمان مطلقا خلافا لابن رشد فى نوازه من أنه انما يأخذه دون ثمن ان علم المشتري بالضغط » الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٦

(٢) د. السنهورى - الوسيط - مرجع سابق - وعبد المنعم الصدة - المرجع السابق .

الخوف والرغبة في نفس المكروه أو غيره بحيث يكون هو الدافع نحو التعاقد .

وكذلك عدم اعتبار الاكراه بحق مؤثرا في التصرفات في كل من الفقه الاسلامي وفقه القانون الوضعي .

* * *

ثانيا - الغلط

الغلط حالة تقوم بالنفس يتصور فيها العاقد ويتوهم غير الواقع ..

● أنواعه :

- ١ - غلط في جنس الشيء محل العقد .
 - ٢ - غلط في الوصف .
 - ٣ - غلط في الشخص
 - ٤ - غلط في القيمة .
 - ٥ - غلط في الحكم الشرعي .
- والنوع الأول والثاني يجمعهما الغلط في المعقود عليه أو في الشيء ولذلك تتناولهما معا .

اولا - الغلط في المعقود عليه (في الشيء) :

(١) اختلاف الجنس :

الجنس هو المقول على الكثرة التي لا يتفاوت الغرض منها تفاوتاً فاحشاً ، فالجنسان ما يتفاوت الغرض منهما تفاوتاً فاحشاً بلا نظر الى الذاتى^(١) والضابط في أنها جنس واحد أو جنسان تفاوت الأغراض تفاوتاً بعيداً فيكون من اختلاف الجنس أو قريباً فيكون من الجنس الواحد دون اختلاف الأصل ولذا قالوا : الخل مع الدبس جنسان مع اتحاد أصلهما بفحش تفاوت الغرض منهما^(٢) .

(١) الغرض الذاتى .

(٢) فتح القدير ج ٥ ص ٢٠٦ وواضح أنه يجعل التفاوت الفاحش في المنفعة اختلاف في الجنس .

فاذا وقع الغلط في جنس الشيء بأن اعتقد أحد العاقدين أنه من جنس معين فاذا به من جنس آخر كان البيع باطلا لانعدام المحل مثل أن يبيع فصا على أنه ياقوت فاذا هو زجاج^(١) .

(ب) اتحاد الجنس والتفاوت في صفة المقصود فاحش :

والغلط هنا أيضا كاختلاف الجنس مثل لو باع دارا على أن بناءها آجر . فاذا هو « لبن » فإن التفاوت في المنفعة يكون فاحشا رغم اتحاد الجنس ومن ثم كانا كالجنسين المختلفين ، والأصل في ذلك أنه اذا اجتمعت التسمية والاشارة للمعقود عليه كان المعتبر هو المسمى عند اختلاف الجنس لأن التسمية أبلغ في التعريف من الاشارة في هذه الحالة ويقع البيع باطلا لأنه معدوم ويبيع المعلوم باطل الا في السلم ، واختار الكرخي من الحنفية أنه فاسد لأنه باع المسمى وأشار الى غيره فصار كأنه باع شيئا بشرط أن يسلم غيره وذلك فاسد^(٢) .

(ج) اتحاد الجنس والتفاوت في صفة المقصود غير فاحش (الغلط

في الوصف او فوات الوصف المرغوب فيه) :

فاذا باع ياقوتا أحمر فاذا هو أصفر ونحو ذلك فان البيع صحيح غير لازم ولكن يثبت للمشتري « خيار الوصف » واذا اجتمعت التسمية والاشارة في المعقود عليه وكان المسمى من جنس المشار اليه كانت العبرة للاشارة لأنها تتناول ما وقعت الاشارة اليه ، فينقذ العقد على المشار اليه ويثبت الخيار لمن وقع الغلط في جانبه لفوات الوصف المرغوب فيه المؤدى الى اختلال الرضا^(٣) .

(١) انظر البدائع ج ٥ ص ١٣٩ ، ١٤٠
(٢) انظر الزيلعي ج ٤ ص ٥٣ ، الفتاوى الخانية ج ٢ ص ١٣٤ وهناك رأى في المذهب الشافعي والمالكي بصحة العقد مع عدم لزومه .
(٣) المبسوط ج ١٣ ص ١٢ - فتح القدير ج ٥ ص ٢٠١ - البدائع ج ٥ ص ١٤٠ ، تبين الحقائق ج ٤ ص ٥٢ ، ٥٣ ، البحر الرائق ج ٦ ص ٨٩ - الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١٤٠ ، ١٤١ - المواد ٧٢ ، ٢٠٨ ، ٣١٠ ، ٣٢٢ من المجلة و ٣٠١ ، ٣٨١ من مرشد الحيران .

وضابط الوصف المرغوب فيه أن يكون مما يقصد ويتعلق به غرض العقلاء .

ولكن الوصف المرغوب فيه قد يحصل فيه التفاوت فبأى درجاته يتحقق وجوده أو فواته ؟

الضابط في ذلك - أى في تحقق الوصف المرغوب فيه - أن يتحقق منه قدر ما ينطلق وينطبق عليه الاسم بالنظر الى العرف^(١) .

ثانيا - الغلط فى الشخص :

تظهر أهمية الغلط فى شخص العاقد اذا كانت شخصيته محل اعتبار فى العقد ، فاذا وقع الغلط فى ذاتية الشخص أو فى صفة جوهرية فيه كان للطرف الذى وقع فى الغلط حق الفسخ وعلى الجملة فان حكمه حكم الغلط فى جنس المعقود عليه . ومن أمثلة ذلك :

عقد الزواج : اذ يكون لشخصية الزوج اعتبار جوهرى من ناحية كفاءته للزوجة ومن حيث خلوه من بعض الأمراض فاذا وقع غلط فى شئ من ذلك جاز التفريق .

وكذا فى الشفعة : يكون لشخصية المشتري اعتبار فى الأخذ بها فاذا علم الشفيع باسم المشتري فسلم فى الشفعة ثم بان له أن المشتري هو غير من سمي فله حق الشفعة^(٢) .

وفى الوكالة واجارة الظئر : يكون لبعض الصفات الجوهرية فى شخصية الوكيل والظئر اعتبار فى العقد^(٣) .

(١) تبين الحقائق ج ٤ ص ٢٢ - حاشية الشبراملى على نهاية المحتاج ج ٣ ص ٤٤٣

(٢) المادة ١٤٥ من مرشد الحيران ، انظر المبسوط ج ١٤ ص ١٠٥ ، البدائع ج ٧ ص ٣٣٢ ، البحر الرائق ج ٨ ص ١٤٤ .

(٣) انظر المبسوط ج ١٥ ص ١١٩ وما بعدها ، تكملة فتح القدير ج ٦ ص ١٥ ، ١٦ ، الزيلعى ج ٥ ص ١٢٨ .

وهذا النوع من الغلط يكثر وقوعه في الوصية والهبة والاستصناع أما اذا كان الغلط لا يترتب عليه تفاوت يصل الى درجة التفاوت الفاحش فيكون هذا بمثابة فوات للوصف المرغوب فيه •

ثالثا - الغلط في القيمة :

يؤدي الغلط في قيمة المعقود عليه الى الغبن ولكن الغبن هنا يكون مصحوبا بجهل لقيمة الشيء والغلط في قيمة المعقود عليه افما يعيب الارادة والرضا •

وسياتى الحديث عن الغبن ••

رابعا - الغلط في الحكم الشرعى :

مؤداه أن العاقد كان يجهل الحكم الشرعى عند التعاقد ، والأصل أن الجهل بالحكم الشرعى لا يعتبر عذرا ، ولا يكون عذرا الا اذا انتفى التقصير في جهله به •

وقد جاء فى الأشباه والنظائر لابن نجيم :

« وأما الجهل فحقيقته عدم العلم عما من شأنه العلم فان قارن اعتقاد النقيض فهو مركب وهو المراد بالشعور بالشيء على خلاف ما هو به والا فبسيط وهو المراد بعدم الشعور وأقسامه على ما ذكره الأصوليون كما هو فى المنار أربعة •• والثانى الجهل فى موضع الاجتهاد الصحيح أو فى موضع الشبهة وأنه يصلح عذرا وشبهة كالمحتجم اذا أفطر على ظن أنها فطرته •• والثالث الجهل فى دار الحرب من مسلم لم يهاجر وأنه يكون عذرا » (١) •

(١) انظر ص ١٦٧ ، ١٦٨ ، مجمع الضمانات ص ١٥٤ ، البدائع

ج ٥ ص ١٥١ •

وكل ما لا يعتبر عذرا فجميع العقود المترتبة عليه باطلة ويجب نقضها وأن ما يمد الجهل به عذرا فتقبل به دعوى الغلط ويكون لصاحبها حق الخيار .

والضابط في الغلط في جميع أنواعه أن يكون ظاهرا غير مستتر في ضمير العاقد ، ويستفاد ظهور الغلط من كلام العاقد ودلالة الحال وظهور عيب في العقود عليه (١) .

* * *

الغلط في القانون وفقهه

● تعريف :

وهم يقوم في ذهن الشخص يحمله على تصور غير الواقع ويكون هو الدافع الى التعاقد ، والغلط بهذا المعنى الواسع يشتمل على أنواع كثيرة للغلط لم يهتم الفقه الحديث منها الا بالغلط الذي يعيب الارادة عند ابرام التصرف ولا يختلط بوجودها ذاته ، كما لا يجوز في الغلط الذي يعيب الارادة أن يقع على ركن من أركان العقد والا أعدم التراضي ، ومع ذلك يجب أن يكون غلطا جوهريا غير واقع على أركان العقد وألا يستقل به المتعاقد الذي وقع في الغلط بل يتصل به المتعاقد الآخر على وجه من الوجوه حتى يعتد به .

* * *

● شروط الغلط :

نص المادة (١٢٠) مدنى مصرى على أنه :

« اذا وقع المتعاقد في غلط جوهرى جاز له أن يطلب ابطال العقد ان كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه » (٢) .

(١) الخطاب ج ٤ ص ٤٦ وما بعدها .

(٢) يقابل هذا النظام مادة ١٢٠ لىبى ، مادة ١٢١ سوري ، مادة ١١٩ عراقى ، مادة ١٠٦ سودانى ، مادة ٢٠٣ لبنانى ، مادة ١٢٠ كويتى ، مادة ٤٥ - ٤٩ تونسى ، مادة ٤١ - ٤٤ مغربى .

وتنص المادة (١٢١) مدنى مصرى على أنه :

« ١ - أن يكون الغلط جوهريا اذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه التعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط .

٢ - ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص :

(أ) اذا وقع فى صفة للشئ تكون جوهريّة فى اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف وما ينبغى فى التعامل من حسن نية .

(ب) اذا وقع فى ذات التعاقد أو فى صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد « (١) .

ويتبين من نصوص القانون المدنى المصرى أنه يشترط لوجود غلط يعيب الارادة شرطان هما :

١ - أن يكون الغلط جوهريا .

٢ - أن يكون الغلط داخلا فى نطاق التعاقد ودافعا اليه ويتصل المتعاقد الآخر به .

الشرط الأول - يجب ان يكون الغلط جوهريا :

ويعتبر الغلط جوهريا فى القانون المصرى اذا بلغ فى تقدير التعاقد حدا من الجسامة لو تكشف له لامتنع عن ابرام العقد ، أى أنه كان هو الدافع الرئيسى الى التعاقد ، فالعبرة اذن بالأوصاف المعبرة فى نظر المتعاقد ونيته لا بالخصائص التى تكون مادة الشئ فى ذاته وهذا هو المعيار الذاتى فى الغلط ، ونظرا لما يقتضيه هذا المعيار من البحث فى الحالة النفسية للمتعاقد فقد اتخذ القانون

(١) يقابل هذا النص مادة ١٢١ لىبى ، مادة ١٢٢ سورى ، مادة ١١٧ ، ١١٨ عراقى ، مادة ٢٠٥ لبنانى ، مادة ١٠٧ سودانى ، مادة ١٢٠ كويتى .

قرينة موضوعية مؤداها أن الصفة الجوهرية ليست كذلك في اعتبار المتعاقدين فقط بل أيضا يجب أن يكون المتعاقدان اعتبرها جوهرية وفقا لما لايس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن نية .

وعلى هذا الأساس يصح أن يقع الغلط الجوهرى في صفة جوهرية في الشيء أو في شخص المتعاقد سواء في ذاته أو في صفة من صفاته وكانت هذه أو تلك السبب الرئيسى في التعاقد وذلك كالغلط في شخص الموهوب له أو الوكيل أو المزارع أو الشريك أو في صفة من صفات الشخص كأن يهب شخصا مالا معتقدا أنه تربطه به صلة قرابة فيتضح غير ذلك .

وتقدير ما اذا كانت شخصية المتعاقد أو صفته كانت محل اعتبار دافع الى التعاقد من مسائل الواقع لا القانون .

وكذلك الغلط الجوهرى في القيمة والغلط في الباعث والسبب من شأنه أن يجعل العقد قابلا للإبطال .

* * *

● الغلط في القانون :

تنص المادة (١٢٢) مدنى مصرى على أنه :

« يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون اذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين السابقتين هذا ما لم يقضى القانون بغيره » (١) .

ومؤدى هذا النص أن الغلط في الواقع بمعياره وشروطه وحالاته ينطبق على الغلط في القانون .

وليس هناك تعارض بين حكم المادة رقم (١٢٢) والقاعدة

(١) يقابل هذا النص مادة ١٢١ لىبى ، مادة ١٢٣ سورى ، مادة ١٠٨ سودانى .

القائلة بأن أحدا لا يعذر لجهله بالقانون ذلك لأن هذه القاعدة يراد بها أن أحدا لا يستطيع أن يحتج بجهله قانونا معيناً كي يستبعد تطبيق هذا القانون عليه وليس في ذلك ما يتعارض مع أن يكون للمتعاقد الحق في طلب الإبطال لغلط في القانون ما دام أن هذا الغلط كان هو الدافع إلى التعاقد فإبطال العقد لا يعنى استبعاد تطبيق قاعدة قانونية ولا الهروب من حكم هذه القاعدة^(١) .

ونرى أن هذا هو التفسير الشائع في هذه المسألة خلافا لما ذهب إليه البعض من أن قاعدة « لا يعذر المرء لجهله بالقانون » تتعارض مع حكم المادة (١٢٢) ومن ثم ذهبوا للخروج من هذا التعارض إلى القول بأن القاعدة السابقة لا تنطبق إلا بالنسبة إلى القواعد القانونية الآمرة التي تتعلق بالنظام العام ومن ثم فإن هذه القواعد لا يجوز طلب الإبطال لغلط فيها على عكس القواعد المكملة فلا تنطبق القاعدة بشأنها لعدم تعلقها بالنظام العام^(٢) .

الشرط الثاني - أن يكون الغلط داخلاً في نطاق التعاقد ويتصل

به التعاقد الآخر :

يجب طبقاً لنص المادة (١٢٠) سالف الذكر أن يكون الغلط مشتركاً بين الطرفين أو يكون الطرف الآخر الذي لم يقع في الغلط على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه .

وفي هذه الصور الثلاث يكون الغلط الجوهري مبرراً لطلب إبطال العقد أو لجعل العقد قابلاً للإبطال ، والمتعاقد الذي وقع في الغلط لا يدع سبيلاً لزعم الطرف الآخر بأنه فوجيء بطلب إبطال العقد فقد ثبت أن المتعاقد الآخر كان مشتركاً في الغلط أو كان يعلم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه وهو في الأولى حسن النية

(١) د. عبد المنعم الصدة ، مصادر الالتزام ص ٢٣٦ .

(٢) د. السنهوري ، الوسيط ص ٣٢٩ .

ومقتضى حسن النية أن يسلم بإبطال العقد ، وفي الثانية سوء النية والإبطال جزاء سوء نية ، وفي الثالثة مقصر وتعويض التقصير الإبطال .

واشترط علم الطرف الآخر بالغلط وأن يكون متصلا به يعنى أن يكون هذا الطرف على بينة أيضا من أن هذا الغلط الجوهرى هو الدافع الى التعاقد^(١) . ومدعى الغلط عليه اثباته سواء بالنسبة لنفسه أو للطرف الآخر وهذه مسألة وقائع وإذا عجز مدعى الغلط عن اثبات أن المتعاقد الآخر كان مشتركا فى الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه فلا يجوز إبطال العقد .



موازنة بين الفقه الإسلامى والقانون وفقهه

يبين لنا من العرض السابق للغلط فى كل من الفقه الإسلامى والقانون وفقهه أن هناك فروقا جوهرية فى كل منهما فيما يتعلق بالغلط سواء فى التعريف أو الحالات التى ينطبق عليها أو فى الأحكام والآثار . إذ الضابط للغلط فى الفقه الإسلامى أن يكون ظاهرا غير مستتر ويستفاد ظهور الغلط من كلام العاقد (الصيغة) ومن دلالة الحال ، على خلاف النظرية الحديثة فى فقه القانون التى أخذت بالمعيار الذاتى فى الغلط والارتباط بالنفس والنية اتخذت قرائن موضوعية عليه قائمة على ما لا بس العقد من ظروف وما ينبغى فى التعامل من حسن نية .

هذا فضلا عن أن حالات الغلط فى الفقه الإسلامى تختلف عن حالاتها فى القانون وفقهه وليس هذا فحسب بل إن الجزاء المترتب على

(١) د. حلمى بهجت بدوى ، مرجع سابق ص ١٩٠ ، د. محمد على عمران ، مصادر الالتزام ص ٦٩ حيث يرى « أنه ليس بصحيح أنه من غير المتصور أن يكون الغلط مشتركا مع جهل أحد المتعاقدين بالاعتبار الدافع الى التعاقد » مثل هذا رأى ، د. اسماعيل غانم ، نظرية الالتزام ص ٢٢٠ بند ١٠١ .

كل حالة يختلف فقد يكون الفسخ أو البطلان أو الفساد أو خيار الوصف أو العيب أو الرؤية وقد يكون الجزاء أيضا الوقف أو عدم اللزوم وكل ذلك على حين أن الجزاء المترتب على الغلط في القانون وفقهه جزاء واحد في جميع الحالات هو قابلية العقد للبطلان .

والغلط في القانون أوسع مدى من الجهل بالأحكام الشرعية فلا يعذر المرء بجهله بأحكام الدين في الاسلام وذلك كقاعدة عامة وأساسية في المنهج الاسلامي وعلى التفصيل الذي ساقه ابن نجيم .
واذا كان القانون وفقهه قد اتجه في مسلكه الجديد والحديث الى وضع نظرية عامة في الغلط من حيث معياره الذاتي القائم على الغلط في الصفة الجوهرية فان هذا المسلك لا يستقيم في الفقه الاسلامي لاختلاف أحكام الغلط في حالات عنها في حالات أخرى ولارتباط الغلط بمعان وآثار تختلف عن المسلك القانوني .

* * *

ثالثا - التدليس

● معناه والضابط فيه :

استخدام وسائل احتيالية لاختفاء عيب^(١) المعقود عليه واظهاره بصورة ليس عليها لتضليل المتعاقد وحمله على التعاقد^(٢) .

(١) العيب هو ما تنقص به عين الشيء أو قيمته أو ثمنه أو يفوت به غرض صحيح ، وعلى الجملة هو كل ما يعده الناس عيبا ، انظر كشاف القناع ج ٣ ص ٢١٥ ، البحر الزخار ج ٣ ص ٣٥٥ ، جواهر العقود للمهاجي ج ١ ص ٧٠ .

(٢) عرفته المادة ١٦٤ من المجلة بأنه « توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية » وعرفه الخطاب بأنه « أن يفعل البائع في المبيع فعلا يظن به المشتري كمالا فلا يوجد ... أن يفعل البائع في المبيع فعلا يستر به عيبه فيظهر في صورة السالم » ج ٤ ص ٤٣٧ ، انظر المعاملات الشرعية ، احمد ابراهيم ص ٨٩ ، الشرح الكبير ج ٤ ص ٨٥ ، الام ج ٣ ص ٦٠ .

ويطلق عليه الفقهاء أحيانا اسم التفرير^(١) .

● **انواعه :** التدليس ثلاثة أنواع هي : التدليس الفعلى

والتدليس القولى والتدليس بالكتمان .

اولا - التدليس الععلى أو الفعلى :

وضابطه استخدام حيل عملية من شأنها خداع المتعاقد وحمله على التعاقد .

وقد يكون ذلك بإضافة صفات غير حقيقية الى المعقود عليه أو بستر عيوبه أو استخدام وسائل خارجة عن المعقود عليه لكنها تؤثر على المتعاقد وتخدعه وتحمله على التعاقد^(٢) وذلك كالتصريحه وبيع النجش والتدليس فى المراجعة والتولية والوضيعة .

ثانيا - التدليس القولى :

وضابطه الكذب الدافع الى التعاقد .

وقد يكون فى ثمن السلعة أو فى سعر السوق أو التفرير بالمتعاقد بمعلومات مضللة .

وذلك كما فى تلقى الركبان وبيع المسترسل والنجش^(٣) .

(١) انظر الوسيط فى نظرية العقد ج ٦ ص ٣١٩ وما بعدها ، دكتور عبد المجيد الحكيم .

(٢) انظر كشاف القناع ج ٣ ص ١٧٣ ، الخطاب ج ٤ ص ٤٣٧ وما بعدها ، نهاية المحتاج ج ٤ ص ٧٣ .

(٣) تلقى الركبان أى بتلقى الركبان القادمين الى السوق قبل ان يهبطوا السوق فباعهم أو اشترى منهم وهم لا يعلمون حال السوق - المسترسل الجاهل لقيمة السلعة ولا يحسن المبايعة - النجش هو أن يزيد فى السلعة شخص لا يريد شراءها لغير المشتري وذلك بالتواطؤ مع صاحب السلعة .

وبياعات الأمانة والمرا بحة والمواضعة والتولية ، وتسمى أمانة لأن المشتري
ائتمن البائع في اخباره عن الثمن الأول من غير بينة ولا استخلاف^(١) .

ثالثا - التدليس بالكتمان :

وضابطه التغاضي عن ذكر عيب في الشيء معروف لديه .

* * *

● حكم التدليس :

اتفق الفقهاء على أن الحيل التي يلجأ اليها المتعاقد لخداع
المتعاقد الآخر تؤثر على لزوم العقد ويكون للمدلس عليه حق
الخيار^(٢) وهو ما يسمى خيار العيب ، ومؤداه أن للعاقد حق
الرجوع في العقد بعد تمامه اذا اطلع على عيب المعقود عليه .

ثم اختلفوا بعد ذلك في الفروع على النحو التالي :

١ - بالنسبة للحيل التي تضي صفات غير حقيقية على
المعقود عليه فهناك رأى بلزوم العقد وأن يرجع المدلس عليه
بالنقصان على المدلس^(٣) لتعثرته .

٢ - بالنسبة للحيل الخارجة عن المعقود عليه فهناك رأى
يقضى بطلان العقد كالنجش^(٤) ورأى بصحته ولزومه^(٥) .

٣ - بالنسبة للبيوع التي استخدم فيها الكذب في سعر السوق
كتلقى الركبان فهناك رأى بجوازه ولزومه ورأى بطلان العقد^(٦) .

* * *

(١) انظر البدائع ج ٥ ص ٢٢٢ ، فتح القدير ج ٥ ص ٢٥٦ ،
المدونة الكبرى ج ١٠ ص ٥٩ - ٦٢ .

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٦٧ ، المغنى ج ٤
ص ٢٧٨ ، المحلى ج ٨ ص ٤٤٨ .

(٣) انظر رد المحتار ج ٢ ص ٦٦ وان كان يرى عدم الرجوع
بالنقصان .

(٤) المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٢٧٨ .

(٥) البدائع ج ٥ ص ٢٣٣ ، الأم ج ٣ ص ٨٠ .

(٦) البدائع ج ٥ ص ٢٣٢ ، الأم ج ٣ ص ٨٢ ، بداية المجتهد

ج ٢ ص ٦٦٩ ، المغنى ج ٤ ص ٢٨٢ .

التدليس فى القانون وفقهه

تعريف : التدليس هو استعمال طرق احتيالية توقع المتعاقد فى غلط يدفعه الى التعاقد^(١) .

● شروط التدليس :

أورد القانون المدنى المصرى أحكام التدليس فى المادتين ١٢٥ ، ١٢٦ على النحو التالى :

تنص المادة (١٢٥) على ما يأتى :

« يجوز ابطال العقد للتدليس اذا كانت الحيل التى لجأ اليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد .

ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة اذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة »^(٢) .

ويستخلص من هذين النصين شروط التدليس وعناصره :

١ - استعمال طرق احتيالية :

يجب لقيام التدليس أن تستعمل طرق احتيالية تولد الغلط فى

(١) د. عبد المنعم الصدة ، مصادر الالتزام ، د. محمد لبيب شنب ، مصادر الالتزام ص ١٦٠ ، د. حشمت أبو ستيت فقرة ١٧٠ وما بعدها ، د. السنهورى ، الوسيط ص ٣٤٢ .
(٢) يقابل هذا النص مادة ١٢٥ لىبى ، مادة ١٢٦ سورى ، مادة ١٢١ عراقى ، مادة ١١١ سودانى ، مادة ٢٠٨ ، ٢٠٩ لبنانى ، مادة ١٢٢ كويتى ، مادة ٥٦ ، ٥٧ تونسى .

ذهن المتعاقد فتخفى الحقيقة عنه والطرق الاحتيالية تقوم على
عنصرين :

الأول - عنصر مادي : وهي عبارة عن الطرق والوسائل التي
استخدمها المدلس لإخفاء الحقيقة وأن تكون هذه الطرق كافية
للتضليل بحسب حالة المتعاقد فالمعيار هنا ذاتي أو شخصي وهذه
الوسائل والطرق الاحتيالية لا تقع تحت حصر منها : تقديم أوراق
غير صحيحة أو الاستعانة بأشخاص آخرين لتأييد الادعاءات الكاذبة
أو الظهور بمظهر الشراء والجاه .

والأصل أن مجرد الكذب لا يكفي لقيام التدليس أما إذا
انصب الكذب على واقعة معينة لها اعتبارها في التعاقد فانه يعتبر
تدليسا ، وهذا الالتزام ببيان معلومات لها أهميتها في التعاقد قد يكون
له أهمية خاصة في التعاقد .

كذلك الكتمان الأصل فيه أنه لا يعتبر تدليسا الا أن تكون
هناك أحوال يكفي فيها الكتمان لقيام التدليس وهي التي يكون
فيها على المتعاقد أن يفرض بأمر من الأمور فيلتزم به ويعتبر سكوته عنه
تدليسا وهذا الالتزام ببيان معلومات لها أهميتها في التعاقد قد يكون
مصدره القانون كالمادة (٧٦٤) مدني مصري في عقد التأمين على
الحياة وقد تفرضه طبيعة العقد وقد توجب الظروف والملابسات
التي تحيط بالعقد فتوجب على المتعاقد في ضوء هذه الظروف
أن يكشف عن أمر يدرك أن له خطره لدى التعاقد الآخر وهذا ما قصت
عليه المادة (٢/١٢٥) مدني مصري ويستفاد منها أربعة شروط لاعتبار
الكتمان تدليسا هي :

١ - أن يكون كتمان لأمر خطير يؤثر في ارادة المتعاقد الذي
يجعله تأثيرا قويا .

٢ - أن يعرفه المتعاقد الآخر ويعرف خطره .

٣ - أن يعتمد كتمه عن المتعاقد الأول .

٤ - ألا يعرفه المتعاقد الأول أو يستطيع أن يعرفه من طريق آخر .

الثانى - عنصر معنوى : وهو نية التضليل للوصول الى غرض غير مشروع فاذا انعدمت نية التضليل لا يكون هناك تدليس وأن يكون المراد من التضليل الوصول الى غرض غير مشروع .

٢ - أن يكون التدليس هو الدافع الى التعاقد :

تنص على ذلك المادة (١٢٥/١) مدنى مصرى سالفه الذكر اذ يجب أن يكون التدليس هو الذى دفع الى التعاقد وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ذلك مسترشدا بما تواضع عليه الناس فى تعاملهم وبحالة التعاقد الشخصية .

٣ - أن يكون التدليس صادرا من المتعاقد الآخر أو أن يكون هذا على علم به اذا كان صادرا من الغير :

يشترط طبقا للمادتين ١٢٥ ، ١٢٦ مدنى مصرى أن يكون التدليس صادرا من أحد المتعاقدين أو نائب عنه ، واذا صدر التدليس من الغير وجب أن يكون المتعاقد المستفيد من التدليس على علم به أو يكون من المفروض حتما أن يعلم به . وكذلك يستطيع المتعاقد المدلس عليه أن يطلب ابطال العقد للغلط اذا كان الغلط الذى ولده التدليس مشتركا بينه وبين المتعاقد الآخر أو كان هذا على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه ، وهو يلجأ الى هذا الطريق اذا لم يكن من اليسير عليه أن يثبت علم المتعاقد الآخر بالتدليس الصادر من الغير أو استطاعته هذا العلم .

واذا لم يثبت شيئا من ذلك فلا يجوز ابطال العقد لأن المتعاقد الآخر حسن النية ، ولو أبطنا العقد لجاز للمتعاقد حسن النية أن يطلب تعويضا ، وخير تعويض هو بقاء العقد صحيحا ، وفى هذه الحالة يكون العقد قد قام على الارادة الظاهرة أو بعبارة أدق : قام العقد على سبيل التعويض لا على سبيل الارادة الحقيقية للمتعاقد .

● العلاقة بين التدليس والغلط :

١ - الغلط يغنى عن التدليس في النظرية الحديثة :

فطبقا للنظرية الحديثة - وعلى نحو ما سبق تفصيله - فإن التدليس لا يبطل العقد الا اذا كان دافعا الى التعاقد ، وهو لا يكون كذلك الا لما يوقعه في نفس المتعاقد من الغلط ومن ثم يكون الغلط أيضا دافع ، والغلط الدافع يبطل العقد دائما حتى ولو وقع في الباعث أو في القيمة ، وعلى ذلك فكل عقد يبطل للتدليس يبطل للغلط في ذات الوقت ومن ثم فإن نظرية الغلط تغنى عن نظرية التدليس على هذا الأساس .

٢ - التدليس لا يغنى عن الغلط :

فالتدليس اذا لم يوقع المتعاقد في غلط فلا أثر له في صحة العقد ولا يترتب عليه الا التعويض اذا ترتب عليه ضرر باعتبار أنه في ذاته غير مشروع .

واذا كان الغلط يغنى عن التدليس على نحو ما سبق فإن التدليس لا يغنى عن الغلط .

على أنه اذا وقع المتعاقد في غلط من شأنه أن يبطل العقد ، فإن هنالك فرقا عمليا في هذه الحالة بين أن يكون الغلط مصحوبا بالتدليس أو أن يكون غير مصحوب به ، ويظهر أثر هذا الفرق في أمرين هما :
(أ) سهولة اثبات الغلط المصحوب بالتدليس لوجود الطرق الاحتمالية وهي قائمة على وسائل مادية يسهل اثباتها فيثبت الغلط تبعاً لها .

(ب) اذا كان الغلط مصحوبا بتدليس فإن ذلك قد يكون سببا لابطال العقد والتعويض أيضا اذا نجم عن التدليس ضرر ، أما اذا كان الغلط غير مصحوب بالتدليس فإن أثره يقتصر على ابطال العقد ولا محل فيه للتعويض الا اذا أثبت خطأ في جانب المتعاقد الذي علم بالغلط أو كان يستطيع أن يعلم به .

موازنة بين الفقه الاسلامى والفقه القانونى

لقد فرق الفقه الاسلامى فى أنواع العقود بالنسبة للأثر التدليس ،
ففى عقود الأمانة يكتفى بالكذب المجرد أو مجرد الكذب على عكس
الفقه القانونى اذ الأصل فيه أن مجرد الكذب لا يكفى لقيام
التدليس ، وكذلك الأمر بالنسبة للكتمان فى كل من الفقه الاسلامى وفقه
القانون . كذلك يختلف حكم التدليس فى الفقه الاسلامى باختلاف
نوع وطبيعة الحيل المستخدمة على نحو ما سبق تفصيله .

ان الفقه الاسلامى يعتد بالتدليس الصادر من أحد المتعاقدين
أو الصادر من غيره أيضا .

* * *

رابعاً - الغبن

● **معناه وضابطه :** عدم التماثل بين العوضين فى القيمة ولا
يعلمه المغبون أثناء التعاقد^(١) .

● **انواعه :** غبن يسير ، وغبن فاحش .
وقد اختلف الفقهاء فى معيار الغبن اليسير والفاحش على النحو
التالى :

١ - ذهب البعض الى أن اليسير من الغبن هو ما يدخل تحت
تقويم المقومين وأهل الخبرة ، والفاحش ما لا يدخل سواء بالزيادة
أو النقصان^(٢) .

(١) لا يشترط البعض علم المغبون ومن ثم يحدث الغبن أثره ولو كان
العاقد يعلمه - قال بذلك بعض فقهاء الظاهرية - المحلى ج ٨ .
(٢) انظر المادة ٥٤٥ وما بعدها من مرشد الحيران .

٢ - حدد البعض الآخر حدا معيناً :

(أ) فحدد محمد بن الحسن نصف عشر القيمة الحقيقية للمعقود عليه ، فإذا كان الغبن لا يتعداها فهو يسير والا ففاحش .

(ب) وحدده « الجصاص » باختلاف المعقود عليه :

ففي العروض إذا زاد الثمن أو نقص بأكثر من نصف عشر القيمة الحقيقية كان الغبن فاحشاً . وفي الحيوان العشر ، وفي العقار الخمس ، والا فالغبن يسير^(١) .

(ج) حدد البعض الثلث فأكثر ، وحدد البعض السدس فأكثر فهذه النسب يكون معها الغبن فاحشاً إذا زاد الثمن أو نقص عنها^(٢) .

● أثر الغبن على العقود والتصرفات :

١ - عقود تتأثر بالغبن - ولو يسير - وهي عقود المدين الذي استغرقت الديون جميع أمواله ، وعقود المريض مرض الموت إذا كانت تركته مستغرقة بالديون فلا تصح عقودهم إلا إذا أجازها الدائنون والا بطلت .

٢ - عقود لا تتأثر إلا بالغبن الفاحش وهي العقود الواردة على مال الصغير ومال الوقف ومال بيت المال ومال اليتيم ومال المحجور عليه لسفه أو جنون .

وقد اختلف الفقهاء في حكم هذه العقود :

- فذهب رأى إلى أنها فاسدة ويزول الفساد بتكملة القيمة الحقيقية والا بطلت .

(١) البدائع ج ٦ ص ٣٠ ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ١٥٩ ، البحر ج ٧ ص ١٦٩ ، وقد أخذت بهذه التقديرات مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٦٥ .

(٢) الخطاب ج ٤ ص ٧١ وما بعدها .

— وذهب رأى الى ثبوت الخيار للمتعاقد المغبون اما الفسخ أو دفع فرق القيمة ، والقول بالخيار مذهب الحنابلة والظاهرية ورواية عن المالكية^(١) . أما بقية العقود التي يقع فيها غبن فاحش فذهب البعض الى بطلانها لما فيها من اضرار المال واتلافه .

— وهناك رأى بلزومها ولا أثر للغبن الفاحش فيها لأن التصرف مع الغبن تجارة عن تراض وهو مذهب جمهور الفقهاء^(٢) اذا كان المتعاقد فردا بالغاً رشيداً .

— وذهب رأى ثالث الى اعطاء المتعاقد المغبون حق الخيار ، والقائلون بذلك هم الحنابلة^(٣) وابن حزم وبعض فقهاء المالكية .

٣ — أما الغبن الفاحش مع التفرير فيرتب الحق في الفسخ مطلقاً لأن الغبن كان نتيجة تضليل المغبون وكان رضاه على أساس عدم الغبن .

* * *

الغبن والاستغلال في القانون وفقهه

● تعريف :

الغبن هو عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه وهو بذلك يعتبر المظهر المادي للاستغلال ، ولكنه يتميز عنه بما يأتي :

١ — أن الغبن لا يتصور في عقود التبرع اذ لا محل فيها لعدم

(١) المحلى ج ٨ ص ٤٣٩ .

(٢) بهذا اخذت مجلة الاحكام العدلية في المادة ٣٦٥ بشرط انتفاء التفرير وقد عرفته المادة ١٦٤ منها ، انظر تفسير القرطبي ج ٥ ص ١٥٢ — التفرير هو أن يجعل العاقد في حال يعتقد معها انه اخذ الشيء بقيمته والحنفية غير ذلك ولا أثر له في العقود الا اذا ترتب عليه غبن — انظر محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ص ٦١

(٣) وقد أثبت الحنابلة الخيار للمغبون في تلقى الركبان والنجاشي وعقود المسترسل ، الشرح الكبير ج ٤ ص ٧٧ .

التعادل بين ما يعطى وما يؤخذ ، وكذلك عقود المعاوضة الاحتمالية لأن طبيعتها تقضى بوقوع الغبن على أحد المتعاقدين •

٢ - أن الغبن يقدر وقت تمام العقد ولا عبرة بتغير القيم بعد ذلك^(١) •

٣ - أن الغبن يقاس بمقياس مادي أى التفاوت فى القيمة بحسب سعر السوق ، أما الاستغلال فهو أمر نفسى يقوم على المقياس الشخصى لا المادى ومن ثم فالغبن عيب فى العقد ، والاستغلال عيب فى الإرادة •

ولقد تطور الغبن من نظرية مادية للغبن الى نظرية نفسية للاستغلال على المذاهب الاقتصادية والاجتماعية ، ففى المذاهب الفردية وما تقوم عليه من سيطرة مبدأ سلطان الارادة لا يقيم القانون للغبن وزنا الا فى أحوال معينة ، ثم تحت ظهور المذاهب الاشتراكية أخذت النظرية المادية للغبن تتطور فى القوانين الحديثة الى نظرية نفسية للاستغلال بوصفه عيبا من عيوب الارادة وأصبح المقياس فى نظرية الاستغلال معيارا شخصيا فالعبرة بقيمة الشئ فى اعتبار المتعاقد •

* * *

● شروط الاستغلال :

لقد أخذ القانون المدنى المصرى بفكرة الاستغلال مع الابقاء على بعض حالات الغبن المادى فى نصوص متفرقة •

فتنص المادة (١٢٩) مدنى مصرى على أنه :

« ١ - اذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع

(١) د. عبد الناصر العطار ، نظرية الالتزام ص ١٧٢ وما بعدها ، د. عبد المنعم الصدة ، نظرية الاستغلال فى القانون المصرى فقرة ٧٢ ... رسالة ط ١٩٥٧ •

ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا جاز للقاضي بناء على طلب المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد .

٢ - ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد والا كانت غير مقبولة .

٣ - ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال اذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن « (١) » .

ونصت المادة (١٣٠) مدنى مصرى على أنه :
« يراعى في تطبيق المادة السابقة عدم الاخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود أو بسعر الفائدة » (٢)

ويتبين من هذه النصوص أنه يشترط لقيام الاستغلال ثلاثة شروط هي :

- ١ - اختلال التعادل اختلالا فادحا .
- ٢ - أن يكون هناك استغلال لضعف بين في المتعاقد المغبون .
- ٣ - أن يكون الاستغلال هو الذى دفع المتعاقد المغبون الى التعاقد .

الشرط الاول - اختلاف التعادل بين طرفي العقد اختلالا فادحا :
وهو ما يعبر عنه في الفقه القانونى بالعنصر المادى للاستغلال ، فالفداحة في اختلال التعادل معيارها مادى ولكن هذا المعيار ليس

(١) يقابل هذا النص مادة ١٢٩ لىبى ، مادة ١٣٠ سورى ، مادة ١٢٥ عراقى ، مادة ١١٥ سودانى ، مادة ٢١٤ لبنانى ، مادة ١٢٦ كويتى ، مادة ٦٠ ، ٦١ تونسى .

(٢) يقابل هذا النص مادة ١٣١ لىبى ، مادة ١٣٢ سورى ، مادة ١٢٦ ، ١٢٩ عراقى ، مادة ١١٧ سودانى ، مادة ١٨٨ لبنانى ، مادة ١٣١ كويتى ، مادة ٦٦ تونسى .

رقما ثابتا بل هو معيار متغير تبعاً للظروف في كل حالة ، وهذا لا يتناقض
أن اختلال التعادل لا ينظر فيه الى القيمة المادية للشيء وانما يعتمد
بقيمتة الشخصية أى بما يساويه في اعتبار التعاقد .

وأكثر ما يكون الاختلال فادحا في عقود المعاوضة المحددة ،
لأن العاقد في هذه العقود يعرف وقت التعاقد على وجه محدد مقدار
ما يعطى ومقدار ما يأخذ . ولكنه يصح أن يقع الاختلال أيضا في
العقود الاحتمالية^(١) وذلك على الرغم من أنها تقوم على احتمال الكسب
والخسارة وذلك حين يكون الاختلال فادحا بين احتمال الكسب
وا احتمال الخسارة .

بل ان هذا الاختلال يقع في التبرعات ، بل انه قد يكون أشد
وطأة وتحققا فيما لا تعادل فيه^(٢) . ولذلك فان تقدير العنصر المادى
في التبرعات ينظر فيه الى مقدار التبرع بالنسبة الى ثروة المتصرف
والى ما يعتاد التبرع به في مثل ظروف المتبرع^(٣) .

الشرط الثانى - استغلال ضعف معين فى التعاقد المغبون :

وهذا ما يعبر عنه بالعنصر النفسى للاستغلال وحالات الضعف
التي تستغل فى التعاقد المغبون نصت عليها المادة (١/١٢٩) مدنى
مصرى وهى :

الطيش البين والهوى الجامح وذلك لتضييق دائرة الاستغلال
وخشية اتحكم ورغبة فى انضباط التعامل واستقراره .

(١) د. سليمان مرقس ، المرجع السابق فقرة ٢٢٠ .

(٢) د. السنهورى ، الوسيط ص ٣٩٦ ، والمادة (٣/١٢٩)
مدنى (تفيد وقوع الاستغلال ضمنا فى التبرعات ، انظر د. عبد المنعم
الصدّة ، مصادر الالتزام ص ٢٦٧ ، مجموعة الأعمال التحضيرية
ج ٢ ص ١٩١ .

(٣) د. عبد الحى حجازى ج ٢ ص ٣١٦ ، د. توفيق حسن
فرح ، الاستغلال ... رسالة ، فقرة ٩٤ - ١٠٢ .

ويمكن القول بأن الطيش البين هو الخفة الزائدة التي تؤدي الى
التسرع وسوء التقدير^(١) . وأن الهوى الجامح هو الرغبة الشديدة
التي تعمى الشخص عن تبين ما هو في صالحه^(٢) .
وفي أحكام القضاء أمثلة بارزة على ذلك .

الشرط الثالث - أن يكون الاستغلال هو الدافع الى التعاقد :

والمعيار هنا معيار ذاتي أو نفسي اذ يجب أن يكون الاستغلال
هو الذي دفع المتعاقد المغبون الى ابرام التصرف ، والمغبون بذلك يكون
واقعا تحت تأثير هذا الاستغلال ومن ثم تكون ارادته معيبة ويصبح
العقد قابلا للإبطال ، وتحقيق هذا الشرط مسألة واقع لا قانون
فلا تعقيب عليها من محكمة النقض .

* * *

● اثر الاستغلال في القانون :

اذا توافرت شروط الاستغلال السالفة الذكر جاز للقاضي بناء
على طلب المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا
المتعاقد . وفي الحالتين يجب رفع الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد
والا كانت غير مقبولة .

ويجوز للمستغل في عقود المعاوضة أن يتوقى دعوى الإبطال اذا
عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن والمسألة مرجعها فيما يدفع
الى تقدير القاضي في ضوء الظروف .

واذا طلب المتعاقد المغبون الانقاص فلا يصح للقاضي أن يحكم
بالإبطال لأنه لو فعل ذلك فانه يحكم بأكثر مما طلب منه وهو ما لا

(١) د. حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق فقرة ١٩٤ ،

د. عبد المنعم الصدة المرجع السابق ص ٢٦٩ .

(٢) نقض مدني جلسة ١١/٥/١٩٦٧ ، مجموعة المكتب الفني

السنة ١٨ ص ٩٧٤ ، وجلسة ١/٤/١٩٦٩ ، المرجع السابق السنة ٢٠

ص ٥٥٦ .

يجوز كما لا يجوز للقاضي بدل أن ينقص التزامات المعبون أن يرفع
التزامات الطرف المستغل ، والا خالف نص المادة (١/١٢٩) مدني
مصري •

والانقاص كالأبطال يجوز في التبرعات فيجوز للقاضي أن ينقص
التزامات المتبرع المعبون الى الحد الذي يراه ملائماً •

● حالات الغبن المادية في القانون :

أراد القانون أن يوفر حماية للطرف المعبون على أساس محدد
وبطريقة سهلة في الاثبات ، فأخذ بفكرة الغبن المادي أيضا في بعض
نصوصه هي :

— م ٤٢٥ مدني مصري وهي خاصة ببيع عقار مملوك لشخص
لا تتوافر فيه الأهلية بغبن يزيد على الخمس •
— م ٨٤٥ مدني مصري وهي خاصة بالغبن في القسمة اذا زاد على
خمس القيمة •

— م ٢/٧٠٩ مدني مصري وهي خاصة بأجر الوكيل وتقدير
القاضي له •

— م ١/٥١٥ مدني مصري وهي خاصة ببطان عقد الشركة اذا
اتفق فيه على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو في
خسائرها •

— م ٢٢٧^(١) مدني مصري وهي خاصة بزيادة سعر الفائدة
على ٧٪ •

تحليل وموازنه بين الفقه الاسلامي والقانون وفقهه

على حد علمي فان مصطلح « الاستغلال » لم يشتهر في الفقه
الاسلامي ولعل في الغبن ما يقلل كثيرا من استعمال هذا المصطلح في

(١) يقابل هذا النص مادة ٢٣٠ لبيي (اقصى سعر للفائدة ١٠٪) ،
ومادة ٢٢٨ سوري (اقصى سعر للفائدة ٩٪) ، ومادة ١٧٢ عراقي •

الفقه الاسلامى ، فالفقه الاسلامى على اختلاف مذاهبه واتجاهاتها
فى مسألة الغبن التى نوجزها فيما يلى :

- اتجاه يعتد بالغبن المطلق أو مجرد الغبن •
- اتجاه لا يعتد بالغبن لأن التصرف مع الغبن تجارة عن تراض •
- اتجاه يعتد بالغبن اذا صاحبه تغير •

وهذه الاتجاهات فى المذاهب الفقهية تتسع لفكرة الاستغلال
فى القانون بعنصرها المادى والمعنوى ، وبعبارة أخرى من خلال
معالجة كل عنصر من عناصر الاستغلال ، فالعنصر المادى للاستغلال
والمتمثل فى عدم التعادل أو الخلل الفادح يعالجه الاتجاه الثالث ،
والأول فى الفقه الاسلامى ، والعنصر النفسى للاستغلال والمتمثل فى
استغلال ضعف معين يمثل له بالطيش البين والهوى الجامح والحاجة فى
القانون المدنى المصرى يعالج من خلال مسائل كثيرة فى الفقه كالفقه
وحالات الحجر عليه أو من خلال بيع المضطر فى الفقه الاسلامى أو من
خلال الولاية أو الوصاية على اليتيم والصغير •

ومن ذلك نخلص الى أن الفقهاء المسلمين عالجوا مسائل
الاستغلال من خلال الغبن مع التغير أو الغبن المجرد أو الضرورة
أو حالات السفه والعتة والصغر باعتبار أن الغبن فى الفقه الاسلامى
يقوم على اعتبارات موضوعية أقرب الى المرونة باتخاذ العرف والعادة
والخبرة أساسا للتقدير أحيانا ومن ثم أقرب الى العدالة واستقرار
المعاملات بين الناس لسهولة الاثبات ، هذا فضلا عن اختلاف جزاء
الاستغلال فى القانون عن جزاء الغبن المصحوب بتغير أو الغبن المطلق
أو القائم على أساس عدم الخبرة •

* * *

الفصل الثاني

شروط العقود وأقسامها

المبحث الأول

شروط العقود

قبل ذكر أقسام العقود نورد في ايجاز شروط العقد لتلازمها مع أقسام العقود •

● معنى الشرط :

الشرط في الاصطلاح هو ما يتوقف وجود الحكم على وجوده وجودا شرعيا بأن يوجد الحكم عنده لا به ويكون خارجا عن الماهية ويلزم من عدمه عدم الحكم^(١) •

فكل شرط لشيء لا يتحقق ذلك الشيء ولا يوجد الا اذا وجد أو تحقق ذلك الشرط ، وبذلك يتفق مع الركن ، وان كان الركن جزءا من حقيقة الشيء وداخلا فيه ، بينما الشرط خارج عن ماهية الشيء وحقيقته وليس جزءا منه •

وينقسم الشرط الى أقسام كثيرة يهنا منها — ونحن بصدد العقد — أنواع الشرط باعتبار مصدره وهو نوعان :

النوع الأول — شرط شرعى :

وهو ما كان مصدر اشتراطه الشارع — وبعبارة أخرى : هو الذى يفرضه المشرع — ومن ثم فلا بد منه لتحقيق العقد كبلوغ سن الرشد

(١) راجع : محمد زكريا البرديسى ، أصول الفقه ص ١٠٧ طبعة ٢ سنة ١٩٨١ ، ١٩٦١ م ، راجع أيضا ابن عابدين ج ٥ ص ٥ ، فتح القدير ج ٥ ص ٧٤ ، مباحث الحكم عند الأصوليين ، محمد سلام مذكور.

في تسليم مال اليتيم اليه وغير ذلك من الشروط التي اشترطها الشارع
الحكيم في جميع العقود والتصرفات .

النوع الثاني - شرط جعلي :

وهو ما كان مصدر اشتراطه المكلف أو العاقد ليحقق له رغبة
وقصدا خاصا في العقد فيجعل العقد مفترقا به أو معلقا عليه والأصل فيما
يشترطه المتعاقدان الإباحة لا الحظر (١) .
الا أنه يجب ألا يكون الشرط منافيا لحكم العقد أو التصرف
فإن نافي حكم العقد بطل (٢) .

وتنقسم شروط العقد أيضا الى شروط انعقاد وشروط صحة
وشروط نفاذ وشروط لزوم نجملها فيما يلي :

أولا - شروط انعقاد العقد :

وقد سبق الحديث عنها تفصيلا بمناسبة كل ركن من أركان العقد
ونجملها فيما يلي :

١ - فيما يتعلق بأهلية العاقلين :

يشترط أن يكون العاقد أهلا للتعاقد أي مميزا يعي ما يقول
ويقصد أثره المترتب عليه (٣) ، وهي ما يسمى في اصطلاح الفقهاء
أهلية الأداء (٤) وهي المقصودة هنا باعتبارها أثرا من آثار العقل والتمييز

(١) د. محمد سلام مذكور ، المرجع السابق ص ٥١٣

(٢) محمد زكريا البرديسي ، المرجع السابق ص ١١٠

(٣) ويترتب على ذلك انتفاء عوارض الأهلية وعيوب الرضا كالجنون
والعته والسفه والغفلة والسكر والاكره والدين ومرض الموت على نحو
ما سبق سرده تفصيلا .

(٤) ويقابلها أهلية الوجوب ، راجع شرح المنار لابن ملك ص
٩٣٠ - ٩٣٦ - وكشف الأسرار على البزدوى ج ٤ ص ١٣٥٧ ، ١٣٢٨ ،
التلويح والتوضيح ج ٣ ص ١٥٢

ومن ثم لا يتصف بها الا من له حق التصرف • وعقود وتصرفات الصبي المميز يختلف حكمها باختلاف حاله وباختلاف هذه العقود والتصرفات •

٢ - توافق الايجاب والقبول :

يتعين توافق الايجاب مع القبول وتلاقيهما في جميع الجزئيات ، سواء أكان ذلك بصورة حقيقية أو ضمنية^(١) •

فتوافق الايجاب والقبول يتوافر الرضا بالعقد بين طرفيه فاذا كان الاختلاف لا يضر بالآخر من أى وجه انعقد العقد^(٢) • وما يترتب على ذلك من انتفاء عيوب الارادة عن الغلط والغبن والتدليس والاكراه •

٣ - أن يكون محل العقد قابلا لحكم العقد شرعا (شرعية المحل) :

محل العقد هو ما كان التعاقد واقعا عليه (المعقود عليه) وقد يكون مالا أو منفعة أو عملا • ويرد على كل منها كثير من العقود بعوض أو بغير عوض • والعقد الوارد على المنافع قد يرد عليها لتمليكها في الحال بلا عوض وهو ما يسمى اعاره ، أو لتمليكها بعد الموت بلا عوض ويسمى وصية بالمنفعة ومن ثم يشترط ملكية العاقد للمحل وأن يكون مالا متقوما معيناً أو قابلاً للتعين •

ويشترط في محل العقد أيا كان نوعه أن يكون قابلاً لحكم العقد شرعا بمعنى ألا يكون الشارع قد نهى عن أن يكون محلاً للعقد حتى يترتب عليه أثره الشرعي^(٣) وأن يكون قابلاً للتعامل فيه •

(١) الدر المختار حاشية ابن عابدين عليه ج ٣ ص ٢٠ - ٢٢
و ج ٤ ص ٦ ، ١٩ بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٦ ، ج ٦ ص ١٣٦ ،
ج ٧ ص ١٣٦ ، فتح القدير ج ٥ ص ٧٧ ، ٨٠

(٢) ولذا في عقود التبرعات لو وهب شخص لآخر مبلغا معيناً فقبل أقل منه انعقد العقد عند الشافعي ، يراجع نهاية المحتاج ج ٦ كتاب الوصية •

(٣) راجع المغني ج ٤ ص ٢٢٢ ، ٢٦٤ ، بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٤٤ وما بعدها ، الهداية ج ٣ ص ٣٦ •

٤ - عبر عنه البعض (١) باتصال الإيجاب والقبول :

ويتحقق ذلك اذا علم كل عاقد بما صدر من صاحبه اذا كانا مجتمعين وأن يصدر (الإيجاب والقبول) في مجلس واحد دون أن يفصل بينهما ما يدل على اعراض من أحد العاقلين عما صدر من إيجاب مع ملاحظة أن اشتراط اتحاد المجلس لا يدخل فيه بعض العقود كالوصية والايضاء والوكالة وتولى عاقد واحد العقد .

وتخلف أحد الشرائط السابقة يترتب عليه بطلان العقد وعدم ترتب حكمه الشرعى عليه .

ثانيا - شروط صحة العقد :

خلو العقد من الربا ومن الشروط الفاسدة ، ويشترط الرضا التام من المتعاقدين على التفصيل السابق ذكره بشأن الرضا اذ يعتبره البعض ركنا وخلو المحل من الجهالة والغرر وألا يكون مفضيا للتنازع والخلاف .

ثالثا - شروط نفاذ العقد :

عدم تعلق حق الغير بالمعقود عليه وهو ما سبق تفصيله فى تصرفات المدين والمريض مرض الموت .

وأن يملك العاقد التصرف كأن يكون بالوكالة أو وصيا أو ليا (٢) .

وشروط النفاذ وصف للعقد الصحيح ولا يوجد هذا الوصف الا بعد استيفاء شروط الانعقاد والصحة .

(١) على الخفيف ، المرجع السابق ص ٦٩ وما بعدها ، محمد أبو زهرة المرجع السابق ص ٢٠٤ وما بعدها .

(٢) انظر البدائع ج ٥ ص ١٤٨ ، البحر الرائق لابن نجيم ج ٥ ص ٢٨١ ، المادة ٢٦١ من مرشد الحيران والمادة ٣٦٥ من مجلة الأحكام العدلية .

رابعاً - شروط لزوم العقد :

خلو العقد من الخيارات وألا يقبل العقد الفسخ بإرادة منفردة
ومعنى الخيار هو طلب خير الأمرين منهما •
فمن له الخيار في البيع مثلاً مخير بين فسخ العقد وامتضائه بعد
التروى وامعان النظر فيه •

● أهم الخيارات :

خيار المجلس وخيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب • ولسبق
أحدث عن خيار المجلس فسنقصر الحديث عن غيره مما ذكر من الخيارات
بإيجاز على النحو التالي :

١ - خيار الشرط :

وهو أن يشترط أحد المتعاقدين أن يكون له حق خيار فسخ العقد
في مدة معينة يتراضى عليها الطرفان •

ويثبت خيار الشرط لكل من طرفي العقد ولكليهما أو لأجنبي عن
العقد إذا اشترطه له أحد العاقدين ومن ثم يستمد هذا الأجنبي ولايته
في الفسخ ممن اشترط له هذا الخيار •

- أثر خيار الشرط :

القاعدة في أثر خيار الشرط أن خيار من له الخيار يمنع من خروج
بدله عن ملكه •

فاذا كان الخيار للبائع - مثلاً - لم يخرج المبيع عن ملكه لأن رضاه
مع شرط الخيار غير تام ومن ثم فليس للمشتري أن يتصرف في المبيع لأنه
لا يزال على ملك صاحبه والتصرف في ملك الغير بغير اذنه باطل •

أما البائع فله التصرف في المبيع ويعتبر تصرفه اختياراً منه لفسخ
العقد الذي اشترط فيه الخيار •

وعلى ذلك اذا أذن البائع للمشتري في قبض المبيع فهلك في يده
وجب عليه ضمان قيمته لا الثمن لأنه كالمقبوض على سوم الشراء اذا
هلك ضمن بقيته •

أما اذا كان الخيار للمشتري خرج المبيع عن ملك البائع فلا تنفذ
تصرفاته فيه ، أما دخوله في ملك المشتري فمحل خلاف بين الفقهاء •
فعند أبي حنيفة لا يدخل في ملك المشتري حتى لا يجتمع في ملكه
الهدلان - الثمن والمبيع - وانما يكون ملك المبيع موقوفا الى انتهاء مدة
الخيار حتى يتبين دخوله في ملك المشتري من وقت العقد ان أسقط
خياره ، أو تبين بقاءه على ملك البائع ان فسخ المبيع •

وعند أبو يوسف ومحمد أن المبيع يدخل في ملك المشتري من
وقت البيع أى من متى خرج عن مالك البائع •

أما اذا كان الخيار لطرفي العقد معا فلا يخرج المبيع عن ملك
البائع ولا الثمن عن ملك المشتري ، ومن ثم لا ينفذ تصرف أحدهما في بدل
الآخر حتى انتهاء مدة الخيار •

وهكذا الحال بالنسبة للثمن •

واذا كان الخيار لأجنبي عن العقد فكما سبق ، فإن الأجنبي يكون
وكيلا عن اشترط له الخيار وأيهما أجاز تم العقد وأيهما فسخ انفسخ
العقد متى توافق رأيهما ، فان اختلفا (المشتري والأجنبي) بأن أجاز
أحدهما وفسخ الآخر يعتبر قول السابق منهما ولو خرج الكلامان معا
فمن الفقهاء (الحنفية والحنابلة) من يقدم رأى الأصل المشتري لأن
الأجنبي يعتبر وكيلا للموكل أن يتصرف فيما وكل به غيره ويعتبر تصرفه
عزلا منه للوكيل ، ومن الفقهاء (الشافعية والمالكية) من قدم رأى
الأجنبي لسقوط حق الأصل في اختيار الفسخ والامضاء للعقد وانتقاله
للأجنبي باشتراطه له •

٢ - خيار الرؤية :

إذا بيع الغائب على الصفة ثبت للمشتري عند رؤيته حق اختيار فسخ البيع أو امضائه •

ويرى الحنفية أن خيار الرؤية يثبت للمشتري وإن جاء المبيع مطابقاً للوصف دفعا للضرر ، خلافاً للمالكية الذين يرون أن خيار الرؤية إنما يثبت فقط عند مخالفة المبيع للأوصاف التي وصف بها ، أما إذا كان مطابقاً للمواصفات فلا خيار للمشتري لتحقيق الرضا في هذه الحالة •

وعلى ذلك فخيار الرؤية يثبت للمشتري دون البائع لما روى أن عثمان بن عفان باع أرضاً له بالكوفة من طلحة بن عبد الله ، فقيل لعثمان : غبت ، فقال : لى الخيار فأنى بعث ما لم أره ، وقيل لطلحة : غبت ، فقال : لى الخيار لأنى اشتريت ما لم أره • فاحتكما إلى جبير بن مطعم فحكم بالخيار لطلحة وذلك بمحض من الصحابة ، ولم ينكر عليه أحد فدل ذلك على إجماعهم على ذلك •

وتتحقق رؤية المبيع بالعلم بما قصد منه والمرجع في ذلك إلى العرف •

وخيار الرؤية معلق بالرؤية^(١) ومن ثم فلا يثبت قبلها وبالتالي لا يجوز التنازل عنه قبل ثبوته ، أما إذا اختار المشتري برد المبيع قبل رؤيته فله ذلك لعدم لزوم البيع قبل الرؤية ومن ثم فللمشتري الفسخ متى شاء •

ويبطل خيار الرؤية بتعيب المبيع في يد المشتري ، أو تعذر رده ، أو تصرفه في المبيع تصرفاً لازماً لا يمكن رفعه ، أو موت المشتري • فخيار الرؤية لا يورث عند الحنفية وخالفهم في ذلك بعض الفقهاء •

(١) وذلك لحديث الرسول ﷺ : « من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه ، إن شاء أخذه وإن شاء تركه » .

٣ - خيار العيب :

هو حق المشتري في فسخ العقد بسبب العيب في المبيع لم يعلم به حين العقد ولا حين القبض ولم يكن البائع قد اشترط عليه البراءة من العيوب .

والعيب هو كل ما أوجب نقصان قيمة المبيع في عرف التجار أو يفتوت به على المشتري غرض صحيح من العقد وإن لم تنقص فيه المبيع .

ويشترط تحقق وجود العيب عند البائع لكي يتمكن المشتري من الرد بالعيب ، كما يشترط في الرد بالعيب أن لا يحدث بالمبيع ما يمنع من الرد والا سقط حق المشتري في الرد وفي هذه الحال قد يرجع على البائع بقيمة النقصان تعويضا له ، وقد يمتنع الرجوع بالنقصان ، فإذا تعذر رد المبيع الذي ظهر فيه العيب رجع بقيمة النقصان ، بأن يقوم المبيع سليما ومعيبا ويرجع بالفرق بين القيمتين وهو مذهب الحنفية، أما الشافعية فيرون رد المبيع على بائعه مطلقا ولو كانت له قيمة بعد الكسر ، إذا كسره فوجده معيبا كالبيض المذر والمعلبات الفاسدة لأن المشتري مسلط على هذا الكسر من البائع فلم يوجد منه ما يمنع من الرد بالعيب .

أما إذا باع المشتري ما اشتراه أو أتلفه ثم علم أنه كان معيبا فليس له حق الرجوع على البائع بقيمة النقصان لأن تعذر الرد إنما بفعل مضمون من المشتري .

أما إذا باع ما اشتراه ثم رد عليه بالعيب بقضاء القاضى فللمشتري أن يرد على البائع الأول لأن قضاء القاضى فسخ من الأصل فكأن العقد الثانى لم يكن ، وذلك على خلاف الرد بالتراضى الذى يعتبر اقالة من البائع الثانى فى هذه الحالة وهى بيع فى حق البائع الأول فلا يرد عليه المبيع بالعيب لخروج المبيع عن ملك المشتري وهو مانع من الرد بالعيب .

ويسقط الرد بخيار العيب برضاء المشتري به صراحة أو دلالة ، وينقل خيار العيب الى الورثة بموت المشتري كما يسقط بالتأخير فى

الرد عند الشافعية والمالكية متى تمكن منه المشتري ولم يكن هناك عذر مانع من الرد



● اشتراط البراءة من العيوب :

اشتراط البائع على المشتري البراءة من العيوب يسقط حق المشتري في الرد بخيار العيب عند الحنفية سواء علم البائع بالعيب أو لم يعلم .
أما المالكية فيفرقون بين حالة علم البائع بوجود العيب في المبيع وكتمه عن المشتري ، وهنا لا يصح اشتراط البراءة من العيوب للتدليس ، أما اذا كان البائع لا يعلم بوجود العيب في المبيع فالشرط حينئذ يكون صحيحا ولا يحق للمشتري الرد بما يظهر من العيب ، ولا شك عندنا في رجحان مذهب المالكية لما روى أن ابن عمر باع عبدا من زيد بن ثابت بشرط البراءة فوجد به عيبا فترافعا الى عثمان بن عفان رضى الله عنه فقال عثمان لأبن عمر : أتخلف أنك لم تعلم بهذا العيب ؟ فقال : لا ، فرده عليه .



● مدى حرية المتعاقدين في اشتراط الشروط :

لا خلاف بين الفقهاء في أن العاقد ليس له مطلق الحرية في اشتراط الشروط اذ لا يجوز شرعا اشتراط شروطا تخالف الشرع أو مقتضى العقد ، فكل شرط أحل حراما أو حرم حلالا فهو باطل بالاجماع .
ولا خلاف بين الفقهاء في شرعية الشروط التي ورد بها الكتاب والسنة كاشتراط الخيار والتوفيق من رهن وكفالة وكتابة واشهاد (١) .

(١) يراجع في تفصيل ذلك : المبسوط ج ١٣ ص ١٤ ط مطبعة السعادة مصر ١٣٢١ هـ ، بلفه السالك ج ٢ ص ٤٣٨ ، الأم ج ٣ ص ١٢٩ ، ١٣٦ ، ١٣٧ ، ١٥٥ ، ٢٧٥ ط دار الشعب ، المجموع ج ٩ ص ٣٦٤ ، المغنى لابن قدامة ج ٣ ص ٤٤٩ ، المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٠٣ ط دار الاتحاد العربى للطباعة بالقاهرة ١٣٨٩ هـ ، د. حسن الشاذلى - نظرية الشرط في الفقه الاسلامى ص ١٥٧ وما بعدها ، رسالة دكتوراة كلية الشريعة والقانون ، د. عبد المحسن سعد - الشرط الجزائى في العقود بين الشريعة والقانون ص ٥٩٨ ، رسالة دكتوراة حقوق القاهرة ١٩٨٤ .

وقد اختلف الفقهاء في ضابط الشروط الصحيحة والمقصود بها
وضابط الشروط الباطلة والمقصود بها على النحو التالي :

١ - المذهب الحنفى :

أولا - الشروط الصحيحة عند الحنفية :

قسم الأحناف الشروط الصحيحة الى أربعة أنواع هى :

(أ) شرط مقتضى العقد بأن يكون محققا للأثر من آثار العقد وهى
فى الواقع لا تضيف شيئا جديدا الى العقد كاشتراط تسليم المبيع أو رده
بالعيب .

(ب) شرط ملائم للعقد وهو تأكيد لما يجب بالعقد وتوثيق له
كاشتراط رهن بالثمن أو كفالة .

(ج) شرط ورد الشرع بجوازه وان لم يكن من مقتضى العقد أو
ملائما له كاشتراط الخيار لمدة معينة .

(د) شرط جرى به العرف وان لم يندرج تحت حالة من الحالات
السابقة لأن فى الخروج عن العادة حرج بين ولأن التعاون والتعامل
حجة يترك به القياس ويخص به الأثر^(١) .

وحكم هذه الأنواع الأربعة من الشروط وجوب الوفاء بها وإذا
لم تتحقق يكون للمشتري حق الخيار .

ثانيا - الشروط الفاسدة عند الأحناف :

ضابطها أن كل شرط يؤدي الى مفسدة كالربا أو الى منازعة فهو
شرط فاسد وفى ذلك يقول ابن عابدين : « ضابط فساد البيع بشرط :

(١) ابن عابدين - رسالة نشر العرف ضمن مجموعة رسائله ج ٢
ص ١٤١ وما بعدها ط الاستانة ١٣٢٥ هـ ، البحر الرائق ج ٦ ص ٩٣
ط دار المعرفة بيروت .

أنه كل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق ولم يجز به العرف ولم يرد الشرع بجوازه ... فلا بد في كون الشرط مفسدا للبيع من هذه الشرائط الخمسة (١) .

ويضيف الميرغيناني ضابط أنه يقع بسببه المنازعة فيعبري العقد من مقصوده إلا أن يكون متعارفا لأن العرف قاض على القياس (٢) .

وحكم الشروط الفاسدة يختلف باختلاف طبيعة العقد :
ففي عقود المعاوضات المالية إذا قارنتها شروط فاسدة فانها تفسد بفساد الشرط .

أما عقود المعاوضات غير المالية كالنكاح والخلع وكذلك التبرعات كالهبة والقرض والكفالة والحوالة والعارية والرهن والوصية ونحوها فان الشروط الفاسدة اذا قارنتها تلغو الشروط الفاسدة ويبقى العقد صحيحا ، والسبب في هذه التفرقة بين العقود اذا قارنتها الشروط الفاسدة هو الربا اذ يتحقق في المعاوضات المالية دون التصرفات غير المالية اذ الشروط الفاسدة من باب الربا وهو مختص بالمعاوضات المالية دون غيرها حينما يكون اشتراط المنفعة لأهل الاستحقاق (٣) ، هذا بالاضافة الى التعليقات الأخرى التي قال بها الحنفية في الشروط الفاسدة .

ثالثا - الشروط الباطلة عند الحنفية :
وضابطها أنه ينتفى فيها أحد حالات الشروط السابقة صحيحة أو فاسدة فهي ليست من مقتضى العقد ولا تلائمه ولا يجيزها نص شرعي ولا عرف وليس فيها منفعة لأهل الاستحقاق .

(١) نشر العرف ، المرجع السابق ، ومنحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين ج ٦ ص ٩٣ ط دار المعرفة ببيروت .
(٢) الهداية مع فتح القدير ج ٥ ص ٢١٥ ط المطبعة الاميرية بالقاهرة ١٣١٦ هـ .

(٣) البحر الرائق ج ٦ ص ١٩٤ .

وحكمها أنه لا أثر لها في العقد أيا كان نوعه فيكون العقد صحيحا لأن مثل هذه الشروط الباطلة لا تؤدي الى منازعة أو خصام ، وفي رواية لأبي يوسف أن الشرط الباطل يبطل البيع به^(١) .

٢ - المذهب المالكي : يقسم المالكية الشروط الى قسمين^(٢) :

اولا - الشروط الصحيحة :

وضابطها أنها لا تنافي مقتضى العقد سواء اقتضاها أم لا كالأجل والخيار والرهن والحميل .

ثانيا - الشروط الفاسدة :

وضابطها أنها تؤدي الى الاخلال بشرط من شروط صحة العقد كالغرر والجهل أو الربا أو الخيار لمدة مجهولة .

٣ - عند الشافعية : يمكن استخلاص تقسيم الشافعية للشروط الى ما يأتي :

١ - شرط منافي لمقتضى العقد بأن باعه شيئا بشرط ألا يبيعه أو لا ينتفع به أو لا يعتقه أو لا يقبضه أو لا يؤجره وما أشبه ذلك ، وفيها يبطل البيع لمنافاة مقتضاه وهذا هو المشهور الراجح في المذهب .

٢ - شرط لا يقتضيه العقد لكن فيه مصلحة للعاقد كخيار الثلاث والأجل والضمن ومعه يصح العقد ويثبت الشروط .

(١) شرح العناية على الهداية للمرفيناني ج ٥ ص ٢١٦ ، مرجع سابق .

(٢) في تفصيل الشروط في المذهب المالكي انظر : فتح العلي المالك ج ١ ص ٣٣٨ ، الشيخ عيش ج ١ ط مصطفى الحلبي بالقاهرة ١٣٧٨ هـ ، مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ٣٧٦ ط مطبعة السعادة بمصر ١٣٢٩ هـ .

٣ - شرط لا ينافي العقد ولا يقتضيه ولا يتعلق به غرض يورث تنازعا كشرط ألا يأكل أو يلبس إلا كذا ، ومثل هذا الشرط لا يفسد العقد بل يلغو ويصح العقد وهذا هو المذهب .

٤ - بيع العبد أو الأمة بشرط العتق والصحيح المشهور الذى نص عليه الشافعى وقطع به المصنف وأكثر الأصحاب : أن البيع صحيح والشرط لازم .

٥ - بيع الثمر قبل بدء الصلاح فيشترط فى صحة البيع شرط القطع ولو بيع من مالك الأصل وكذا الزرع الأخضر^(١) .

٦ - الشروط الفاسدة فى النكاح - المذهب والمشهور : أن الشرط يلغو ويصح العقد .

٤ - عند الحنابلة : يمكن استخلاص أنواع منها وهى :

١ - شرط من مصلحة العقد كاشتراط صفة فى الثمن كتأجيله أو فى صفة فى المبيع نحو كون الدابة هملاجة أى سريعة فى السير وحسنة فيه وهذا الشرط صحيح بلا نزاع فإن وفى به والا فلصاحبه الفسخ .

٢ - أن يشترط البائع نفعا معلوما فى البيع كسكنى الدار شهرا وهذا شرط صحيح وهو المعمول به فى المذهب .

٣ - شرط ينافى مفتضى العقد فهذا شرط باطل على الصحيح من المذهب إلا ما استثنى وعليه الأصحاب ، أما بطلان البيع فعلى روايتين .

٤ - اشتراط عقد آخر كسلف أو قرض أو بيع والصحيح فى المذهب أنه باطل ويبطل البيع وفى رواية عن أحمد : يبطل الشرط وحده .

(١) يراجع فى تفصيل الشروط عند الشافعية : المجموع ج ٩ ص ٣٦٩ ، فتح العزيز شرح الوجيز ج ٨ ص ١٦٩ .

٥ - اشتراط شرطاً يعلق البيع فلا يصح البيع وهو المذهب وعليه الأصحاب غير أن الحنابلة أجازوا بيع العربون على الصحيح من المذهب (١) .

٦ - أن النكاح يفسد بالشروط الفاسدة خلافاً للشافعية على نحو ما سبق (٢) .

٧ - شرط هو من مقتضى العقد وهذا لا يؤثر في العقد .

● هل الأصل في الشروط الحظر الإباحة ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين هما :

١ - مذهب يقول : بأن الأصل في الشروط الحظر إلا ما ورد الشرع بإجازته وفي مقدمتهم الظاهرية إذ صححوا سبعة شروط وحكموا على ما عداها بالبطلان ، وبعض الفقهاء المحدثين (٣) صرحوا بأن أصحاب المذاهب الأربعة - كلهم أو جمهورهم عدا ابن تيمية وابن القيم - يذهبون إلى أن الأصل في الشروط الحظر .

٢ - مذهب يقول : بأن الأصل في الشروط الإباحة والجواز وفي مقدمتهم شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم حيث يقول ابن تيمية :

« والذي يمكن ضبطه فيها - أي في العقود والشروط - قولان :

(١) الانصاف للمرداوى ج ٤ ص ٣٥٧ وما بعدها بتحقيق محمد حامد الفقى ط مطبعة السنة المحمدية سنة ١٣٧٥ هـ ، زاد المستقنع مع حاشية الروض المربع ج ٤ ص ٣٩٢ .

(٢) المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٦٤٧ ، اعلام الموقعين ج ٢ ص ٣٤٦ .

(٣) د. شوكت العدوى ، نظرية العقد ص ١٦٠ ، د. حسن الشاذلى مرجع سابق ص ٢٧٤ ، د. محمد سلام مذكور ، المدخل للفقهاء الإسلامى ص ٦٤٧ ، د. السنهورى ، مصادر الحق ج ٣ ص ١٧٤ .

أحدهما : أن يقال : الأصل في العقود والشروط فيها ونحو ذلك الحظر الا ما ورد الشرع بإجازته فهذا قول أهل الظاهر ، وكثير من أصول أبى حنيفة تبتنى على هذا ، وكثير من أصول الشافعى وطائفة من أصول أصحاب مالك وأحمد ، فان أحمد قد يعلل أحيانا بطلان العقد بكوته لم يرد فيه أثر ولا قياس .. « (١) » .

وقال ابن القيم بعد أن ذكر أن الأصل عند الظاهرية في العقود والشروط البطلان : « وجمهور الفقهاء على خلافه وأن الأصل في العقود والشروط الصحة الا ما أبطله الشارع أو نهى عنه » (٢) .

والذى يبدو لى رجحانه هو أن الأصل في الشروط الإباحة والجواز وانصحة وذلك للحجج الآتية :

١ - اذا كان الأصل عند جمهور الفقهاء في العقود هو الإباحة والجواز الا ما نص الشارع على بطلانه فان الشروط التى هى قوام العقد يلزم أن تكون كذلك والا تعطلت الحكمة من القول بجواز وإباحة العقود بحسب الأصل فى الغالب الأعم من المعاملات .

٢ - أن علماء الأصول يفرقون بين العبادات والمعاملات وأن الأصل فى العاديات - ومنها المعاملات - الإباحة ، وما كان من العاديات يكتفى فيه بعدم المنافاة ، ولما كانت الشروط من الأمور العادية فانها تدخل فى هذا الأصل (٣) .

٣ - أن كثيرا من العلماء أجازوا الشروط التى جرى بها العرف ، والعرف يراد به العادة حيث تصح الشروط التى تجرى بها العادة ما دامت لا تدخل تحت حظر (٤) .

(١) القواعد النورانية ص ١٨٤ . مجموع الفتاوى ج ٢٩ ص ١٢٦

(٢) اعلام الموقعين ج ١ ص ٣٤٤ .

(٣) الموافقات للشاطبى ج ١ ص ٢٨٤ ، ٢٨٥ .

(٤) انظر نهاية المحتاج شرح المنهاج ج ٣ ص ٤٣٦ - ٤٣٨ ،

ط مصطفى الحلبي مصر ١٣٨٦ هـ .

٤ - أن ما رواه أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط^(١) (حديث ضعيف كما قال ابن القطان)^(٢) وقال ابن القيم : « .. لا يعلم له اسناد صحيح مع مخالفته - للسنة الصحيحة والقياس ولانعقاد الاجماع على خلافه .. فالأمة مجمعة على جواز اشتراط الرهن والكفيل والضمين والتأجيل والخيار ثلاثة أيام وتقد غير نقد البلد فهذا بيع وشرط متفق عليه »^(٣) .

٥ - لقد عقد الامام البخارى فى صحيحه كتابا للشروط أورد فيه كثيرا من التطبيقات العملية للشروط التى حصلت فى عهد الرسول صلى الله عليه وسلم (صحيح البخارى مع الفتح - كتاب الشروط) .

* * *

● مدى حرية العاقد فى اشتراط الشروط فى القانون :

تفريعا على مبدأ سلطان الارادة يقوم مبدأ الحرية التعاقدية أو أن العقد شريعة المتعاقدين .

وقد سرت هذه الحرية فى القوانين الوضعية ابتداء من الشكلية فى القانون الرومانى الى أن صقلت وأصبحت مبدأ مستقرا فى القوانين الحديثة مع نبذ الغلو الذى هو من سمات المذهب الفردى وكذلك المذهب الاشتراكى وتحديد نطاق الارادة فى دائرة القانون الخاص والتوسع فى مفهوم النظام العام والآداب وتدخل القانون لحماية الطرف الضعيف فى كثير من العقود وبخاصة عقود الاذعان ، وفى هذا الصدد تنص المادة (١٤٧) مدنى مصرى على أن :

(١) قال الحافظ الزيلعى فى نصب الراية ج ٥ ص ١٨ : رواه الطبرانى فى المعجم الوسيط .

(٢) نصب الراية ج ٤ ص ١٨ .

(٣) اعلام الموقعين ج ٢ ص ٣٤٧ ، وقد رد رحمه الله على أدلة المخالفين ، كذلك ابن تيمية المرجع السابق .

« العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون »^(١) .

وتنص المادة (١٤٨) مدنى مصرى على أنه :

« ١ - يجب تنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه بطريقة تتفق مع حسن النية » .

٢ - ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما ورد من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام » .

* * *

(١) يقابل هذا النص مادة ١٤٧ لىبى ، مادة ١٤٩ سسورى ، مادة ١٤٦ عراقى ، مادة ١٣٧ سودانى ، مادة ١٤٦ كويتى ، انظر أيضا الأعمال التحضيرية للمادة ١٤٧ مدنى مصرى ج ٢ ص ٢٧٩ وما بعدها .

المبحث الثانى

أقسام العقود

تنقسم العقود الى أقسام عديدة بحسب الجهة التى ينظر اليها •

أولا – تنقسم العقود من ناحية الصيغة الى ثلاثة أقسام

العقد المنجز ، والعقد المضاف الى المستقبل ، والعقد المعلق •

١ – العقد المنجز :

وهو ما ينعقد بصيغة تفيد وجوده ووجود حكمه فى الحال كالبيع والاجارة والقرض والرهن ، سواء أكانت الصيغة وحدها تكفى لانعقاد العقد أم كان لابد مع الصيغة من القبض كما فى عقود التبرعات ، وسواء أكان العقد مطلقا من أى قيد أو كان قد دخل على العقد شرط مقيّد أو أن يكون العقد مؤبدا أو مؤقتا •

والأصل فى العقود أن يكون حكمها منجزا الا عقدى الوصية والايضاء ، وغيرهما من العقود يصح أن يكون منجزا من غير استثناء^(١) .
وصيغة التنجيز أهم صيغ العقد شمولاً فهى الأصل •

٢ – العقد المضاف :

هو ما تدل صيغته على وجود العقد وانعقاده فى الحال الى المستقبل وسواء أكانت الصيغة مطلقة أو مقيدة بشرط^(٢) • ومن العقود ما لا يكون الا مضافا كعقد الوصية فلا يظهر حكمه الا بعد وفاة الوصى ، ومنها

(١) محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ص ٢٨ ، المعاملات الشرعية –
على الخفيف ص ٢٥٦ ، المادة ٢٢٢ من مرشد الحيران .
(٢) انظر د. محمد سلام مذكور المدخل للفقهاء الاسلامى ص ٣٩٦ .

ما لا يقبل الاضافة وهى العقود التى تفيد تمليك الأعيان فى الحال كالبيع والشركة ، وقد وضع المتأخرون من الفقهاء قاعدة « كل ما أمكن نمليكه فى الحال لا يصح تعليقه على شرط ولا اضافته الى زمن الا عقدى الوصية والاىصاء » .

ومن العقود ما تصح فيه الاضافة والتنجز حسب صيغته ورغبة المتعاقدين وقصدهما كعقود تمليك المنافع المالية كالأجارة والمزارعة .

٣ - العقد المعلق :

هو ما ترتب صيغة وجوده على وجود أمر آخر فى المستقبل ، فالتعليق هو ربط حصول مضمون بحصول مضمون جملة أخرى . ولا بد لتحقيق التعليق من أن يكون المعلق عليه أمرا مشروعاً مستقبلاً محتمل الوقوع أو كان حصوله واجباً .

والعقد المعلق لا يوجد الا بعد وجود الأمر المعلق عليه ومن ثم فلا يعتبر حقيقة قبل وجود المعلق عليه .

والفرقة بين العقد المعلق والمضاف مذهب الحنفية^(١) والمالكية أما الشافعية^(٢) فلا يفرقون بينهما أو كلاهما ينعقد سبباً فى الحال ، ولكن تتأخر الأحكام الى المستقبل .

وهناك من العقود ما لا يقبل التعليق مطلقاً كعقود التمليك سواء أكانت معاوضة أم تبرعاً أو تمليك منفعة أو رقبة ، وكذلك عقود الزواج والخلع والرهن لا تقبل التعليق مطلقاً . ومن العقود ما لا يقبل التعليق الا بالشرط الملائم والشرط المتعارف كالكفالة والحوالة والاطلاقات كالإذن للصبي بالتجارة .

(١) انظر المادة ٢٢٣ من مرشد الحيران وما بعدها .

(٢) المجموع شرح المذهب ج ٩ ص ٣٤٠ ، ومن رأى الشافعية

ابن تيمية فى الفتاوى ج ٣ ص ٣٥٣ .

ويعتبر الشرط ملائماً اذا كان شرطاً للزوم الحق كقولك : ان استحق البيع فأنا الكفيل بالثمن ، أو كان الشرط لامكان الاستيفاء أو لتعذر أو تعسر الاستيفاء كقولك : ان غاب زيد أو أفلس أو عجز عن أداء الدين فأنا الكفيل به .

وعلى ذلك فالشرط الملائم هو ما كان ملائماً لمقتضى العقد محققاً أو معاوناً على تحقيق المقصود منه .

ومن العقود ما يصح تعليقه بكل شرط كعقدى الوصية والايضاء وكعقد الوكالة .

* * *

ثانياً - أقسام العقود بحسب طبيعتها ونوعها

هناك من العقود ما تتحد في الغاية والهدف والآثار وقد قسمها الفقهاء الى مجموعات هي :

١ - عقود المعاوضات (المبادلات) :

سواء أكانت معاوضة أو مبادلة مال بمال كالبيع بجميع أنواعه^(١) . بما فيها السلم^(٢) والصرف^(٣) والقرض^(٤) .

(١) كالمساومة وهو أن تبيع بالثمن الذي تتفق عليه نتيجة المساومة مع العاقد الآخر ، وبيع الوضعية وهو بيع بمثل الذي قام عليك الشيء به مع نقصان جزء يرتضيه طرفا العقد أى يبيع بخسارة ، وبيع المربحة وهو أن تبيعه بما قام عليك من ثمن ومؤنة مع زيادة قدر تتفق عليه مع المشتري كربح لك ، واشترط الفقهاء شروطاً منعا للربا .

(٢) السلم وهو بيع آجل وهو المبيع بعاجل وهو الثمن .

(٣) الصرف ، بيع جنس الأثمان بعضها ببعض ولا بد فيه من قبض البدلين في المجلس .

(٤) وهو أن تعطى غيرك شيئاً مثلياً من مالك على أن يرد لك مثله في الوقت المتفق عليه .

أم كانت معاوضة مال بمنفعة مال كالأجارة والاستعناع والمضاربة^(١) .

أم كانت معاوضة مال بما ليس مال ولا منفعة مال كالزواج والخلع^(٢) .

أم كانت معاوضة منفعة بمنفعة كقسيمة المهايأة .

٢ - عقود التبرعات :

وهي ما يكون التملك فيها بغير مقابل كالهبة والصدقة والوصية والوقف والإعارة والإبراء ، ويدخل فيها ما يكون تبرعا ابتداء ومعاوضة انتهاء كالقرض والكفالة والحوالة .

٣ - عقود الإسقاطات :

وفيها يسقط الشخص حقه أو شيئا منه ، وقد تكون إسقاطات محضة كالطلاق المجرد وتسليم الشفعة . وقد تكون إسقاطات فيها معنى التبرع كالإبراء من الدين والوقف .

٤ - عقود الإطلاقات :

وفيها تطلق يد الشخص في شيء لم يكن له التصرف فيه قبل العقد كالإيضاء والوكالة والإمارة والإعارة والقضاء والمضاربة ويمكن اعتبارها من عقود الإسقاطات على رأى البعض^(٣) .

وإن كنا نميل إلى اعتبارها ضمن مجموعة عقود الإطلاقات لعدم زوال صفة صاحب الحق الأصلي أو الأصيل .

(١) المضاربة عقد على شركة بمال من أحد الجانبين والعمل من الآخر وأن يكون الربح بينهما ، راجع الهداية ج ٣ ص ١٦١
(٢) وبديل الخلع مقابل بافتداء العصمة وإطلاق حرية الزوجة بعد التقيد بمشيئة الزوج .
(٣) د. محمد سلام مذكور ، المرجع السابق ص ٥٩٧ .

٥ - عقود التقييدات :

وفيها يقيد الشخص غيره ويمنعه من تصرف كانت قد أطلقت يده فيه كعزل الوكيل والوصى وقاظر الوقف •

٦ - عقود الشركات :

وسميت كذلك لأن فيها الاشتراك في ثمار المال وأرباحه كالمضاربة والمزارعة •

٧ - عقود التامينات او التوثيق او الضمانات :

وهي عقود يطمئن بها الدائن على وفاء دينه كالرهن والكفالة والحوالة •

٨ - عقود الاستحفاظات :

وهي التي تحدث بين الشخص وغيره لمجرد ايداع شيء عنده للحفظ أو حراسته كالوديعة والحراسة •

ومن التقسيمات التي يتضمنها هذا التقسيم تقسيم العقد باعتبار اشتراط قبض المعقود عليه أو عدم اشتراطه وبهذا الاعتبار تنقسم العقود في الفقه الاسلامي الى أربعة أقسام هي :

١ - ما لا يشترط فيها القبض لا في صحته ولا في لزومه ولا في استقراره كالنكاح والحوالة والوكالة والوصية والجعالة •

٢ - ما يشترط القبض في صحته مثل الصرف حيث يجب القبض فورا •

٣ - ما يشترط القبض في لزومه كالرهن والهبة للأجنبي •

٤ - ما يشترط القبض في استقراره كالبيع والسلم والاجارة والصداق • وفيما عدا النوع الثاني يترتب على مجرد العقد آثاره دون حاجة الى القبض الا لزومه واستقراره فيتوقفان على القبض •

ثالثا - أقسام العقود باعتبار وصفها بالصحة والبطالان

تنقسم العقود من هذه الناحية الى عقود صحيحة وغير صحيحة •

● العقد الصحيح :

هو ما صدر من أهله مضافا الى محله صالح لحكمه وسلم من خلل في ركنه أو في أوصافه وكان صدوره لمن له ولاية على العقد وبعبارة أخرى هو ما كان سببا صالحا لترتب آثاره الشرعية عليه ، وكما يقول الأحناف هو ما شرع بأصله ووصفه •

والعقود الصحيحة تنقسم الى قسمين رئيسيين هما :

(١) العقد الصحيح النافذ :

ويكون كذلك اذا صدر ممن له ولاية احدثه ومتى كان العقد نافذا لزم الوفاء به • وينقسم العقد النافذ الى قسمين :

١ - نافذ لازم :

هو ما كان مشروعا بأصله ووصفه ولم يتعلق به حق الغير ولا يقبل الفسخ بطبيعته كالخلع ، وهذا النوع لا يدخله الخيار ، أو لا يقبل الفسخ الا بتراضى طرفيه كالبيع والاجارة ، أو اذا اتفقا على انتقابل منه^(١) •

هذا مع مراعاة انقسام آراء الفقهاء فيما يتعلق بخيار المجلس •

٢ - نافذ غير لازم :

وهو ما كان فيه الخيار^(٢) لكل من العاقلين أو لأحدهما ،

(١) مجلة الأحكام العدلية ، انظر التوضيح على التنقيح ج ٢ ص ١٢٣ ، البدائع ج ٥ ص ٣٠٦ ، المادة ١١٤ من المجلة •

(٢) معنى الخيار هو أن يكون لأحد العاقلين أو لكليهما الحق في فسخ العقد أو امضائه . والعلة الدافعة لشرعية الخيارات هي الاستيثاق من الرضا ، وثبتت الخيارات اما باشتراطها في العقد واما

أو ما كان العقد بطبيعته غير لازم للمتعاقدين ، ولكل منهما أن يستبد
بفسخه منفردا دون رأى الآخر أو بموافقته كالوديعة والعارية
والوكالة . أما اذا كان العقد لازما لأحد العاقدين دون الآخر فلا يملك
الانفراد بفسخه ويملك ذلك الآخر كعقد الرهن والكفالة .

(ب) العقد الصحيح الموقوف (١) :

يذهب الأحناف والمالكية والحنابلة - في إحدى الروايتين في المذهب
- الى أن العقد اذا صدر ممن لا ولاية له في إصداره كان صحيحا موقوفا
نفاذه على الاجازة ممن يملك تلك الولاية كعقد الفضولي وبيع الصبي
المميز والسفيه - فاذا تحققت الاجازة انقلب العقد صحيحا نافذا
اذا الولاية عندهم شرط في النفاذ ومن ثم لا يظهر أثره في العقود عليه
الا بعد اجازته اجازة معتبرة شرعا .

ويذهب غير الأحناف والمالكية من الفقهاء الى أن هذا النوع
من العقود باطل لا ينعقد أصلا فالولاية شرط في الانعقاد عندهم
لا من شروط النفاذ .

* * *

● العقد غير الصحيح :

يذهب جمهور الفقهاء من غير الأحناف الى أن العقد غير الصحيح
هو ما لم يستوف أركانه وشروطه الشرعية و لا يترتب عليه أثره الشرعي
لخلل في صيغته أو ركنه أو محله أو في العاقد أو في أى وصف اتصل

بتقرير الشارع ومن الأولى خيار التعيين وخيار الشرط ، ومن
الثانية خيار العيب وخيار الرؤية - البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ٧٥ ،
المادة ١١٥ ، ٣٧٦ من مجلة الأحكام العدلية .

(١) انظر نظرية العقد الموقوف في الفقه الاسلامي ، د. عبد الرزاق
حسن فرج .

به يخرج من مشروعيتها - في أصله أو في وصفه - فهذه العقود لا تنعقد ولا فرق بين تسميتها فاسدة أو باطلة^(١) .

أما الأحناف فيقسمون العقد غير الصحيح الى عقد باطل وعقد فاسد :

العقد الباطل : وهو ما كان عدم الصحة لسبب في أصله كعدم وجود بعض أركانه كمحله أو لانتفاء معناه ، واذن فالعقد الباطل هو ما لم يشرع أصلاً أو ما لا يعتبره الشارع موجوداً^(٢) وان وجدت له صورة في الخارج ومن ثم لا يصلح لأن يترتب عليه أى أثر من آثاره .

أما العقد الفاسد : فهو ما لم يشرع بوصفه ولكن تحقق وجوده شرعاً لتوافر أركانه ومحله وتحقق معناه ولكن اتصل به وصف نهى عنه الشارع فيخرج العقد عن مشروعيتها كأن يكون الثمن في عقد البيع مالا غير متقوم شرعاً فالخلل في العقد الفاسد يرجع الى وصف من أوصافه ، أو شرط من شروطه^(٣) .

ويرى الأحناف أن العقد الفاسد منعقد وله وجود الا أن الشارع لا يقره بل يكرهه ويأمر بفسخه ما لم يحدث في محل العقد ما يمتنع معه الفسخ كأن يكون البيع داراً فهدمها أو شاة فذبها .

ولم يفرق الأحناف في عقد النكاح بين فاسد وباطل في الحكم لتحقيق نهى الشارع عنهما ومن ثم ففاسد النكاح وباطل سواء .

(١) جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وأهل الظاهر - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٥٣ ، الأحكام في أصول الأحكام للآمدي ج ١ ص ١٨٧ ، المجموع للنووي ج ٩ ص ١٤٥ ، المحلى ج ٨ ص ٤٢١ .

(٢) انظر بدائع الصنائع ج ٥ ص ٣٠٣ .

(٣) انظر المادة ٢١٨ من مرشد الحيران والمادتين ١٠٩ ، ٣٦٤ من مجلة الأحكام العدلية ، البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ٧٤ ، الزيلعي في تبين الحقائق ج ٤ ص ٤٥

والعقد الفاسد تترتب عليه بعض الآثار دون بعض ، ففي البيع مثلا يثبت الملك للمشتري في المبيع اذا قبضه باذن البائع صراحة أو دلالة ولا يثبت له حق الانتفاع بالبيع لأنه ملك خبيث .

والعقد الفاسد لا ترد عليه الاجازة ويجب على كل من المتعاقدين فسخه ولا ينتقل الملك فيه قبل القبض .
والفسخ فيه مشروط بشرطين هما :

- ١ - بقاء المعقود عليه على ما كان عليه قبل القبض فلو تغير أو هلك أو استهلك ، فانه يمتنع الرد وان كان الاثم باقيا .
- ٢ - عدم تعلق حق الغير به والا امتنع عليه الرد أيضا (١) .

وعلى ذلك فالخلل في أصل العقد ليس لخلل في الوصف عند الحنفية خلافا لجمهور الفقهاء اذ يجعلونها مرتبة واحدة . كما يرتب الحنفية على الخلل في أصل العقد البطلان وعلى الخلل في وصف العقد الفساد (٢) ، ويرتب الجمهور على الخلل الحاصل في المعالين البطلان ، دون تمييز فأصبح الغرر والربا والشرط كلها أسبابا لبطلان العقد

(١) البدائع ج ٥ ص ٣٠٠ وما بعدها ، البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ٧٥ ، تبين الحقائق للزيلعي ج ٤ ص ٤٤ ، الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٨٥ ، المادة ٩٨ من مجلة الأحكام العدلية .

(٢) ومن الحالات التي يعتبر فيها العقد فاسدا : حالات عدم تعيين الثمن كبيع الشيء بما يريده أو بما يجب أو بمثل ما يبيعه الناس وحالات بيع ما في تسليمه ضرر كبيع جزع في سقف أو أجر له في حائط ، انظر في حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٤ ص ١٤٦ الطبعة الثالثة . ويمكن تصحيح العقد الفاسد بإزالة سبب الفساد كتحديد الثمن في الأمثلة السابقة أو تجديد البيع أو إسقاط الشرط الفاسد ومن ثم ينقلب العقد صحيحا أما اذا لم يمكن إزالة سبب الفساد فلا يمكن تصحيح العقد - انظر الوسيط في نظرية العقد ، د. عبد المجيد الحكيم ج ١ ص ٥١٨ .

كما لا يتميز في البطلان عقد باشره مجنون وعقد اقترن بشرط فافج
لأحد العاقدين^(١) .

هذه هي أقسام العقود وللفقهاء اختلاف حول دخول بعض
العقود في أحد هذه الأقسام دون الآخر وهذا موضح في موضعه
من هذه العقود .

* * *

تقسيم العقود في القانون وفقهه

تظهر أهمية تقسيم العقود في معرفة القواعد التي تنطبق على كل
مجموعة منها وليس هناك ما يمنع من أن يندرج العقد الواحد في أكثر
من مجموعة كعقد البيع يعتبر عقدا مسمى ورضائيا وملزما للجانبين
وهكذا .

وتقسيم العقود من صنع الفقهاء ، لذلك يختلف التقسيمان باختلاف
الوجهة التي ينظر منها الى العقد وذلك على النحو التالي :

أولا - العقود المسماة والغير مسماة :

تنقسم العقود من ناحية تقسيم القانون لها الى عقود مسماة وعقود
غير مسماة :

- والعقد المسمى (Contrat Nommé) :

هو الذي وضع له القانون اسما خاصا وتكفل ببيان القواعد
المنظمة له ويكفي المتعاقدين أن يتفقوا على العناصر الجوهرية في العقد
وتعتبر الأحكام التي نص عليها القانون مكملة لارادة المتعاقدين وهذا
هو الأصل ومن ثم يجوز للأفراد أن يتفقوا على خلافها الا أن تتصل
بعض الأحكام بالنظام العام والآداب ومن ثم فلا يجوز الخروج عليها
باتفاق مخالف .

(١) انظر مصادر الحق للسنهوري ج ٤ ص ٣٠٠ .

ومن العقود المسماة وفقا للتنظيم الذى أخذ به القانون المدنى
المصرى :

عقود تقع على الملكية : كالبيع والمقايضة والهبة والشركة والقروض
والتصالح •

عقود ترد على الانتفاع بالشيء : كالأجرة والعارية •

عقود ترد على العمل : كالمقاولة والتزام المرافق العامة وعقد العمل
والوكالة والوديعة والحراسة •

عقود الفرر : كالمقامرة والرهن والمرتب مدى الحياة وعقد
التأمين •

عقود الضمان : كالكفالة وعقد الرهن الرسمى والحيازى •

— والعقد غير المسمى (Contrat innommé) :

وهو العقد الذى لم ينظمه القانون لعدم ظهورها وقت وضع
القانون أو نظرا لقلّة أهميتها فى الحياة العملية وهذه الطائفة من العقود
لم يحدد القانون قواعد تحكمها أو قواعد خاصة بها تطبق عليها
فى حالة عدم اتفاق الطرفين ، ومن ثم فالقاضى اذا عرض عليه نزاع بعقد
غير مسمى استقصى الحكم أولا فى القواعد العامة للالتزامات فان تعذر
لجأ الى القواعد الخاصة بأقرب العقود المسماة عن طريق القياس
كل ذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف فان وجد هذا أو ذاك كان هو
الواجب الاتباع •

ومن أمثلتها : عقد النشر بين المؤلف والناشر وعقد التوريد وعقد
النزول فى فندق ... الخ •

وتكليف العقد أو وصفه بين عقد مسمى أو غير مسمى مسألة
قانونية يفصل فيها القاضى من تلقاء نفسه دون التقييد بالوصف
أو التكليف الذى يعطيه المتعاقدان للعقد •

ثانيا - العقد الرضائي والعقد الشكلي والعقد العيني :

العقد من حيث التكوين اما أن يكون عقدا رضائيا (Contrat Consensuel) أو عقدا شكليا (Contrat Sennet) أو عقدا عينيا (Contrat réel) .

- العقد الرضائي :

وهو العقد الذي يكفي التراضي لانعقاده ، وأكثر العقود في القانون رضائية باعتبار أن الأصل في العقود في الوقت الحاضر الرضائية وذلك كالبيع والأجارة والقرض والعارية والوديعة والوكالة ... الخ . ولا يخل برضائية العقد أن يشترط في اثباته شكل مخصوص كالكتابة ونحوها ، وعلى ذلك فإن الكتابة إذا كانت لازمة للاثبات فإن العقد غير المكتوب يجوز اثباته بالاقرار أو اليمين وذلك ما لم يكن ركنا شكليا في العقد ومن ثم فإن العقد غير المكتوب في هذه الحالة يكون غير موجود حتى مع الاقرار أو اليمين .

- العقد الشكلي :

وهو ما لا يتم بمجرد التراضي بل لا بد لانعقاده من أن يفرغ في شكل مخصوص يعينه القانون ، وتوافر الشكلية لا يحول دون الطعن في العقد إذا تخلفت الإرادة أو كانت معيبة .

وقد تكون الشكلية باتفاق طرفي العقد لا بحكم القانون مثل اتفاق المتعاقدان على أن يكون العقد النهائي بينهما مكتوبا سواء بقصد تكوين العمل القانوني أو بقصد اثباته^(١) .

والشكلية في الوقت الحاضر تعتبر استثناء في التنظيم القانوني المعاصر بقصد حماية المتصرف في الغالب وتنبيهه الى خطورة ما هو مقدم عليه .

وقد تكون الشكلية كتابة رسمية^(٢) كما في هبة العقار (م ٤٨٨

(١) انظر أحكام القضاء المشار اليها في الوسيط للدكتور السنهوري ص ١٦٣ هامش ١

(٢) د. اسماعيل غانم ، محاضرات في مصادر الموجبات ص ٣٥ ، دكتور عبد المنعم البدر اوى ، مصادر الالتزام فقرة ٦٥ هامش .

مدنى مصرى) ، كما قد تكون الشكلية كتابة عرفية كما فى عقد

الشركة المدنية (م ٥٠٧ مدنى مصرى) •

والشكلية التى تتطلبها القانون فى عقد من العقود يجب أن تراعى أيضا فى الوعد بإبرامه وفى التوكيل فى إبرامه (م ٧٠٠ مدنى مصرى) وفى اجازته وكذلك فيما يدخل على العقد من تعديل لا فيما يضاف اليه من شروط تكميلية أو تفصيلية لا تتعارض مع ما جاء به (١) •

ـ العقد العينى :

وهو ما لا يتم بمجرد التراضى بل لا بد لانعقاده وتمامه من تسليم العين محل العقد •

وليس فى القانون المدنى المصرى من عقد عينى سوى هبة المنقول (م ٤٤٨ مدنى) (٢) وهى ما يقال له الهبة اليدوية ، فهذه الهبة فى القانون المصرى اذا لم تتم تحت ستار عقد آخر تكون بورقة رسمية ومن ثم تكون عقدا شكليا ويجوز أن تتم بالقبض دون حاجة الى ورقة رسمية وحينئذ فقط تكون عقدا عينيا •

والعينية فى العقد كما تكون بحكم القانون يجوز أن تكون باتفاق الطرفين فلا يتم العقد الا بتسليم المعقود عليه أو بتنفيذ شرط من التزام أحد الطرفين كما فى عقد التأمين •

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٧٢ - ٧٤ هامش •
(٢) ومثالها فى القانون اللبنانى هبة المنقول (مادة ٥٠٩) ، والوديعة (مادة ٦٩٥) ، وعارية الاستعمال (مادة ٧٣٢) ، والرهن الحيازى (مادة ٣) من المرسوم الاشتراكى رقم ٤٦ لسنة ١٩٣٢ الملحق بقانون الموجبات والعقود ، وهذه عقود رضائية فى القانون المصرى ما عدا الهبة اليدوية . ومثالها فى القانون المغربى (مادة ١١٨٨) فى الرهن الحيازى ، و (مادة ٨٣٣) فى عارية الاستعمال ، و (مادة ٧٨٧) فى الوديعة •

ثالثا - عقود المساومة وعقود الاذعان :

وعقد المساومة هو الذى يكون لطرفيه أن يناقشا شروطه بحرية قبل ابرامه كالبيع والشركة والوكالة ... الخ •

وعقد الاذعان هو الذى يملى فيه أحد طرفيه شروطه ويقبلها الطرف الآخر دون أن يكون له حق مناقشتها أو تعديلها •

وتبدو أهمية التمييز بين العقدين فى مدى تدخل القانون لتنظيم آثار العقد ، فسلطة القانون أوسع مدى فى عقود الاذعان اما بطريقة مباشرة بأن يفرض القانون قواعد آمرة يتعين مراعاتها كالتسعير لبعض السلع الضرورية كالكهرباء والغاز والمياه والنقل • أو بطريقة غير مباشرة بأن يخول القاضى سلطة تعديل وتفسير عقود الاذعان •

رابعا - عقود بسيطة وعقود مختلطة :

العقد البسيط هو ما اقتصر على عقد واحد يتناول عملية قانونية واحدة ولم يكن مزيجا من عقود متعددة •

وقد يكون العقد البسيط عقد مسمى أو غير مسمى •

والعقد المختلط هو الذى ينطوى على عدة عمليات قانونية تشكل مزيجا من عقود متعددة اختلطت جميعها فأصبحت عقدا واحدا • وأغلب العقود غير المسماة مزيج من عدة عقود مسماة •

والعقد المختلط تطبق عليه أحكام العقود المختلفة التى يشتمل عليها فى كل عقد بذاته ، الا أنه فى بعض الأحيان قد يرمى المتعاقدان الى غرض واحد يراد تحقيقه من مجموع العمليات القانونية التى يشتمل عليها العقد ، ومن ثم يكون من المفيد أن يؤخذ العقد المختلط كوحدة قائمة بذاتها وبصفة خاصة اذا تنافرت الأحكام التى تطبق على كل عقد من العقود التى يتكون منها ، وفى هذه الحالة

يجب تغليب العقد الذى يعتبر أساسيا فى هذه العمليات بحيث يحقق الغرض المنشود كله ونجربى حكمه على التعاقد كله كما فى عقد التليفون وقد غلب القضاء فيه عنصر العمل الذى يقوم عليه عقد المقاوله^(١) . وكما فى العقد الموصوف بأنه ايجار ابتداء ويبيع انتهاء وفيه يقصد المتعاقدان الى البيع بشئ مقسط ولكنهما مع ذلك يجعلان انتقال الملكية موقوفا على الوفاء بالشئ كله ويعتبران العقد ايجارا فى الفترة السابقة على هذا الوفاء وعلى هذا فهو عقد يدور بين الايجار والبيع وقد حسم القانون المصرى الخلاف واعتبره بيعا (م ٤٣٠ مدنى مصرى) .

خامسا - عقود ملزمة للجانبين ، والعقد الملزم لجانب واحد (العقود المتبادلة والعقود غير المتبادلة) :

العقد الملزم للجانبين هو الذى ينشئ التزامات متبادلة ومتقابلة فى ذمة كل من المتعاقدين وذلك منذ تكوينه ومن ثم يكون هناك ارتباط وتقابل بين التزامات أحد الطرفين والتزامات الطرف الآخر .

والعقد الملزم لجانب واحد هو الذى ينشئ التزامات فى ذمة أحد المتعاقدين دون الآخر فيكون مدينا غير دائن ويكون الطرف الآخر دائما غير مدين مثل الوديعة غير المأجورة والهبة ، ولا يجب الخلط بينه وبين التصرف الصادر من جانب واحد الذى ينعقد بإرادة واحدة كما فى الوصية والوقف والوعد بجائزة ، أما العقد الملزم لجانب واحد فهو عقد يتم بتوافق ارادتين ولكن أثره يتعلق بجانب واحد فقط .

وتأسيسا على ما تقدم من بيان الضابط فى العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد يترتب عدة نتائج من أهمها :

(١) انظر د. عبد المنعم الصدة ، مصادر الالتزام ص ٨٨ هامش ١

١ - لا محل للفسخ في العقد الملزم لجانب واحد على حين وجوده في العقد الملزم للجانبين وهو ما يسمى بالشرط الفاسخ الضمني (م ١٥٧ مدنى مصرى) •

٢ - الدفع بعدم التنفيذ بدلا عن الفسخ في العقد الملزم للجانبين (م ١٦١ مدنى) ولا محل لهذا الدفع في العقد الملزم لجانب واحد •

٣ - في العقد الملزم للجانبين يطبق مبدأ تحمل تبعته استحالة تنفيذ الالتزام اذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب خارج عن ارادته فيفسخ العقد من تلقاء نفسه (م ١٥٩ مدنى مصرى) أما في العقد الملزم لجانب واحد فان المتعاقد الآخر هو الذى يتحمل استحالة تنفيذ المتعاقد الملزم لالتزامه •

سادسا - عقود المعاوضة وعقود التبرع :

عقد المعاوضة هو العقد الذى يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطاه •

وعقد التبرع هو العقد الذى لا يأخذ فيه أحد العاقدين مقابلا لما يعطى ولا يعطى المتعاقد الآخر مقابلا لما أخذه كالهبة والعارية ، ويميز الفقهاء في عقود التبرعات بين عقد الهبة وعقد التفضل ففي الهبة يخرج مال من ذمة المتبرع أما في عقد التفضل فالمتبرع لا يخرج عن ملكية ماله وفي نفس الوقت يقدم منفعة للمتبرع له كما في العارية والكفالة •

وقد يكون العقد الملزم للجانبين تبرعا كما في الهبة بعوض ، وقد يكون العقد الملزم لجانب واحد معاوضة كما في الكفالة اذا أخذ الكفيل أجرا من المدين •

وللتمييز بين عقد المعاوضة وعقد التبرع ينظر الى العملية القانونية

في جملتها بحيث يعتد بعناصرها المادية والنفسية في وقت واحد^(١) .
وقد يكون العقد تبرعا بالنسبة الى جزء منه فحسب فاذا كان العوض
في الهبة ضئيلا بالنسبة الى المال الموهوب كان العقد في جملته تبرعا ،
واذا كان العوض يبلغ نصف قيمة المال الموهوب فان العقد يكون
تبرعا بقدر الفرق بين الاثنين ، ومعاوضة فيمة عدا ذلك .

وهناك صور يكون العقد فيها معاوضة بالنسبة لأحد الطرفين وتبرعا
بالنسبة للطرف الآخر ، اذ أن المعاوضة لا يشترط فيها تلقي العوض
من المتعاقد الآخر كما أن التبرع لا يشترط فيه أن يكون صادرا للمتعاقد
الآخر ويتحقق ذلك حين يتناول العقد عملية قانونية تخص وتعنى ثلاثة
أشخاص كعقد الكفالة ، فالكفالة بالنسبة للدائن معاوضة ، وبالنسبة
للكفيل قد تكون تبرعا وقد تكون معاوضة .

وتظهر أهمية التمييز بين عقود التبرعات وعقود المعاوضات على
وجه الخصوص فيما يأتي :

١ - فيما يتعلق بالمسؤولية عن الاخلال بالتزام ومدى الالتزام
بالضمان فهما في المعاوضات أوسع منهما في التبرعات .

٢ - الأصل أن الغلط في شخص المتعاقد يعيب الارادة في عقود
التبرع فيجعلها قابلة للإبطال ، أما في عقود المعاوضات فان الغلط في شخص
المتعاقد لا يعيب الارادة ما لم يكن محل اعتبار خاص في العقد كما في
الشركة والمزارعة .

٣ - يجوز الطعن في عقود التبرع بالدعوى البوليصة دون حاجة
الى اثبات سوء نية المتبرع له على عكس عقود المعاوضات اذ لا بد من
اثبات سوء النية .

(١) د . عبد المعطى خيال - المرجع السابق فقرة ٦٥ ، د . حشمت
أبو ستيت ، المرجع السابق فقرة ٦٣ ، د . سليمان مرقس ، المرجع
السابق فقرة ٥١ ، د . عبد المنعم الصدة المرجع السابق ص ٧٨

سابعاً - عقود محددة وعقود احتمالية :

العقد المحدد هو العقد الذى يمكن لكل من طرفيه أن يحدد وقت التعاقد القدر الذى أخذ والقدر الذى أعطى كالبيع .
والعقد الاحتمالى هو العقد الذى لا يمكن لطرفيه أن يحددا وقت إبرامه قيمة ما يعطيانه أو يأخذانه اذ يتوقف تحديد هذه القيمة على أمر مستقبل غير محقق الوقوع كعقد التأمين على الحياة وعقود المقامرة والرهان .

واحتمال الكسب والخسارة عنصر جوهري لقيام العقد الاحتمالى لأن ما يسفر عنه هذا الاحتمال هو الذى يحدد محل الالتزام الذى يقع على عاتق المتعاقد فاذا انعدم هذا الاحتمال على نحو يخالف ما قصدت اليه الارادة كان العقد باطلا لتخلف المحل .

والالتزام الذى لا يعرف مداه وقت إبرام العقد الاحتمالى موجودا وليس مهددا بالزوال ومن ثم يختلف عن الالتزام المعلق على شرط سواء أكان الشرط فاسخا أو واقفا .

وعقد التبرع قد يكون احتماليا كما فى عقد ايراد مرتب مدى الحياة بدون عوض (١) .

ثامناً - العقود الفورية وعقود المدة أو العقد الزمنى :

العقد الفورى هو العقد الذى لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فى تنفيذه سواء تم هذا التنفيذ فوراً أو تراخى الى أجل أو آجال متتابعة اذ لا دخل للزمن فى تحديد محله واذا تدخل الزمن فانه يتدخل كعنصر عرض لتحديد وقت التنفيذ وليس لتحديد مقدار المحل ، فمحل العقد الفورى انما يقاس بالمكان لا بالزمان أو هو حقيقة مكانية لا حقيقة زمانية (٢) ، ولم يسم العقد الفورى بالعقد المكانى لأن الظاهرة الجوهرية فيه ليست هى فى اثبات المكان له بل فى نفي الزمان عنه .

(١) د . السنهورى ، الوسيط ص ١٧٧ ، مرجع سابق .

(٢) د . عبد الحى حجازى ، نظرية عقد المدة ، رسالة القاهرة ١٩٥٠ .

والعقد الزمنى أو عقد المدة أو العقد ذو التنفيذ الممتد هو العقد الذى يكون الزمن عنصرا جوهريا فى تنفيذه فيكون هو المقياس الذى يقدر به محل العقد ، فالمنفعة لا يمكن تقديرها الا بمدة معينة والعمل كذلك ، وهناك من الأشياء ما يتحدد فى المكان أو تقاس بحيز مكاني بحيث يمكن تنفيذها دفعة واحدة ولكن المتعاقدين يتفقان على تكرار الأداء مدة من الزمن لحاجة متكررة مثل عقود التوريد ، ومن ثم ينقسم العقد الزمنى أو عقد المدة الى عقد ذى تنفيذ مستمر (Contrat à execution continen) وعقد ذى تنفيذ دورى (Continue exécution Periodique) كعقد التوريد والايراد المرتب مدى الحياة •

وتظهر أهمية التمييز بين العقد الفورى وعقد المدة أو الزمنى فيما يأتى :

١ - الفسخ فى العقد الفورى ينسحب أثره على الماضى ، وعلى عكس العقد الزمنى فلا ينسحب الفسخ فيه على الماضى لأن ما مضى من الزمن أو ما نفذ من العقد لا يمكن اعادته •

٢ - وقف تنفيذ العقد الفورى لا يؤثر فى التزامات المتعاقدين من حيث الكم ، أما فى عقد المدة فوقف تنفيذه يترتب عليه النقص فى كميته وزوال جزء منه •

٣ - تتقابل الالتزامات فى عقد المدة من حيث الوجود والتنفيذ فما يتم منها فى جانب يتم ما يقابله فى الجانب الآخر ، أما فى العقد الفورى فيتحقق التقابل فى الوجود وقد لا يتحقق فى التنفيذ كما فى البيع بشئ مقسط اذا دفع المشتري أقساطا دون أن يأخذ ما يقابلها من المبيع ولجأ انى فسخ العقد واسترداد ما دفعه من الثمن •

٤ - الاعذار شرط لاستحقاق التعويض فى العقد الفورى فى أغلب الأحوال ، أما فى عقد المدة فلا فائدة ترجى من الاعذار لفوات الزمان الذى يمثل عنصرا جوهريا فى العقد •

هـ - عقد المدة يتيح الفرصة لنظرية الظروف الطارئة باعتبار الزمن متندا فيه ، أما العقود الفورية فلا مجال فيها لتطبيق هذه النظرية ما لم تكن مؤجلة التنفيذ •

تاسعا - العقد الفردى والعقد الجماعى :

العقد الفردى هو العقد الذى لا تنصرف آثاره لغير المتعاقدين فيه فلا ينشئ حقا ولا يرتب التزاما الا لمن كان طرفا فيه •

والعقد الجماعى أو المشترك فهو الذى تنصرف آثاره الى أشخاص لم يظهروا ارادتهم فى قبوله بحيث ينشئ حقوقا ويرتب التزامات لمن لم يكن طرفا فيه ويكتفى فى هذا النوع من العقود بقبول أغلبية مجموعة من الأشخاص بحيث تجد فيه الأقلية نفسها مقيدة بعقد لم تبرمه ولم توافق عليه بل ربما عارضت انعقاده (١) •

وأهم العقود الجماعية عقد العمل المشترك وعقد الصلح المبرم بين التاجر المفلس ودائنيه •

عاشرا - العقود الادارية والعقود التجارية والعقود المدنية :

العقد الادارى هو الذى تكون الادارة طرفا فيه بقصد تسيير أو تنظيم مرفق عام متضمنا لشروط استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص (٢) ، والعقود التجارية هى العقود التى نظمها القانون التجارى أو العرف التجارى وتخضع أساسا لأحكامه وقد تخضع لقواعد القانون المدنى اذا لم توجد قواعد تجارية تتعارض معها •

* * *

(١) د . أحمد حسن البرعى - المرجع السابق ص ٤٩

(٢) د. سليمان الطماوى ، الأسس العامة للعقود الادارية ص ٢٠

ط ٢ سنة ١٩٦٥

● تعقيب وموازنة :

يتضح لنا مما سبق في أقسام العقود أن لكل من الفقه الاسلامى والفقه القانونى طريقته في تقسيم العقود بما يتلائم مع الأصول التى يستمد منها كل منهما أحكامه ، ففى الفقه الاسلامى استنادا الى أقسام الأحكام الشرعية وابتنائها على الحلال والحرام نجد فيه تقسيم العقود الى صحيح وباطل أو فاسد ، وللطبيعة الخاصة بالصناعة فى الفقه الاسلامى نجد فيه العقد الموقوف ، والعقد اللازم ، والنافذ وغير اللازم جائز .. وهكذا .

* * *

فهرس المراجع

أولا - كتب التفسير وأحكام القرآن :

- ١ - أحكام القرآن لأبى بكر أحمد بن على الرازى الجصاص •
 - ٢ - تفسير القرآن الكريم المشهور بتفسير المنار لمحمد رشيد رضا •
 - ٣ - الجامع لأحكام القرآن لأبى عبد الله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى •
 - ٤ - المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم لمحمد فؤاد عبد الباقي •
 - ٥ - تفسير الفخر الرازى •
 - ٦ - جامع البيان للطبرى •
 - ٧ - فتح القدير للشوكانى •
- ثانيا - كتب أصول الفقه :

- ٨ - الأحكام فى أصول الأحكام لسيف الدين أبى الحسن على ابن أبى على بن محمد الآمدى •
- ٩ - التوضيح على التنقيح للقاضى صدر الشريعة عبد الله بن مسعود المحبوبى مطبوع بهامش شرح التلويح على التوضيح •
- ١٠ - الموافقات فى أصول الشريعة الاسلامية لأبى اسحاق ابراهيم ابن موسى اللخمي الغرناطى المالكى المشهور بالشاطبى •
- ١١ - أصول الفقه للشيخ محمد زكريا البرديسى •
- ١٢ - مباحث الحكم عند الأصولين للدكتور محمد سلام مذكور •

ثالثا - كتب الفقه الحنفى :

- ١٣ - الأشباه والنظائر لزين العابدين بن ابراهيم بن نجيم •
- ١٤ - غمز عيون البصائر على الأشباه والنظائر لأحمد بن محمد الحوى •

- ١٥ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الملقب بملك العلماء •
- ١٦ - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن على الزيلعى •
- ١٧ - حاشية الشلبى على تبين الحقائق لشهاب الدين أحمد الشلبى •
- ١٨ - تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق لمحمد بن حسين بن على الشهير بالطورى الحنفى القادرى •
- ١٩ - جامع الفصولين لمحمود بن اسرائيل الشهير بابن قاضى سماوة •
- ٢٠ - الدرر الحكام فى شرح غرر الأحكام للقاضى محمد بن فرامور الشهير بمنلا خسرو •
- ٢١ - رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لمحمد أمين ابن عمر بن عبد العزيز الشهير بابن عابدين •
- ٢٢ - شرح العناية على الهداية لأكمل الدين محمد بن محمود البابر تى •
- ٢٣ - شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدى لكمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام •
- ٢٤ - مجلة الأحكام العدلية •
- ٢٥ - فتاوى على أفندى •
- ٢٦ - الفتاوى الهندية •
- ٢٧ - مرشد الحيران •
- ٢٨ - الفتاوى البزازية •
- ٢٩ - الفتاوى الحامدية •
- ٣٠ - الفتاوى الخانية لفخر الدين حسن بن منصور الأوزجندى المشهور بقاضى خان •

- ٣١ - المبسوط لشمس الأئمة أبي بكر محمد بن أحمد بن سهل
السرخسي •
- ٣٢ - مجمع الضمانات لأبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي •
- ٣٣ - الهداية شرح البداية لشيخ الاسلام برهان الدين أبي الحسن
علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني •

رابعاً - كتب الفقه المالكي :

- ٣٤ - الفروق لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن
عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي •
- ٣٥ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن أحمد
ابن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي •
- ٣٦ - بلغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الامام مالك لأحمد
ابن محمد الصاوي •
- ٣٧ - البهجة شرح التحفة لأبي الحسن علي بن عبد السلام
التسولي •
- ٣٨ - التاج والاكيل لمختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن يوسف
ابن أبي القاسم العبدري الشهير بالمواق •
- ٣٩ - تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية لمحمد
ابن علي بن حسين •
- ٤٠ - فتح العلي المالكي في الفتوى على مذهب الامام مالك
لأبي عبد الله محمد عlish •
- ٤١ - حاشية البناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل
لمحمد البناني •
- ٤٢ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير لشمس الأئمة
محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي •
- ٤٣ - حلي المعاصم لبنت فكر بن عاصم لأبي عبد الله محمد التاودي
ابن محمد الطالب بن سورد •

٤٤ - شرح الخرشي على مختصر خليل لأبي عبد الله محمد
ابن عبد الله الخرشي •

٤٥ - قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لمحمد
ابن أحمد بن جزى العرقاطي •

٤٦ - مختصر خليل لأبي الضياء خليل بن اسحاق •

٤٧ - المدونة الكبرى للإمام مالك •

٤٨ - مواهب الجليل شرح مختصر خليل لأبي عبد الله بن محمد
ابن محمد بن عبد الرحمن السرقى المشهور بالحطاب •

خامسا - كتب الفقه الشافعى :

٤٩ - الأشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية لجلال الدين
عبد الرحمن السيوطى •

٥٠ - الأم لأبى عبد الله محمد بن ادريس الشافعى •

٥١ - شرح التحرير لشيخ الاسلام أبى يحيى زكريا الأنصارى •

٥٢ - فتح العزيز شرح الوجيز لأبى القاسم عبد الكريم بن محمد

الرافعى •

٥٣ - مغنى المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج لمحمد الشرينى

الخطيب •

٥٤ - المهذب لأبى اسحاق ابراهيم بن على بن يوسف

الفيروزآبادى الشبراوى •

٥٥ - المجموع للنووى •

٥٦ - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن

أبى العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملى •

٥٧ - جواهر العقود ومصدر القضاة والموقعين والشهود لشمس

الدين محمد بن أحمد المنهاجى الأسىوطى •

سادسا - كتب الفقه الحنبلى :

- ٥٨ - اعلام الموقعين عن رب العالمين لشمس الدين أبى عبد الله محمد بن أبى بكر المعروف بابن قيم الجوزية •
- ٥٩ - الشرح الكبير على متن المقنع لشمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن أبى عمر محمد بن أحمد بن قدامة •
- ٦٠ - كشاف القناع عن متن الاقناع لمنصور بن ادريس الحنبلى •
- ٦١ - المغنى على مختصر الخرقى لموفق الدين أبى محمد عبد الله ابن أحمد بن محمود بن قدامة •
- ٦٢ - الكافى فى فقه الامام المبجل أحمد بن حنبل لشيخ الاسلام أبى محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة •
- ٦٣ - الروض المربع شرح زاد المستقنع للشيخ منصور بن يونس ابن ادريس البهوتى وحاشية الروض المربع للشيخ عبد الله بن عبد العزيز العنقرى •
- ٦٤ - حاشية الروض المربع للعنقرى •
- ٦٥ - الافصاح عن معانى الصحاح للوزير عون الدين أبى المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة ، نظرية العقد لشيخ الاسلام ابن تيمية •
- ٦٦ - الفتاوى لشيخ الاسلام ابن تيمية •

سابعا - الفقه الظاهرى :

- ٦٧ - المحلى لأبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسى •

ثامنا - الفقه الزيدى :

- ٦٨ - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لأحمد بن يحيى ابن المرتضى •

تاسعا - كتب الفقه العام والمصطلحات :

- ٦٩ - التعريفات للشريف على بن محمد بن على الحسينى الجرجانى •

٧٠ - الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية لأبي عبد الله محمد
ابن أبي بكر الدمشقي المعروف بابن قيم الجوزية •

عاشرا - كتب فقهية حديثة :

- ٧١ - أحكام المعاملات الشرعية ، الشيخ علي الخفيف •
- ٧٢ - الأموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي ، د. محمد
يوسف موسى •
- ٧٣ - تاريخ الفقه الاسلامي ونظرية الملكية والعقود ، د. بدران
أبو العينين •
- ٧٤ - الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد : المدخل الفقهي العام الى
الحقوق المدنية ، د. مصطفى أحمد الزرقا •
- ٧٥ - المعاملات الشرعية المالية ، لأحمد ابراهيم بك •
- ٧٦ - الملكية ونظرية العقد ، محمد أبو زهرة •
- ٧٧ - المدخل للفقه الاسلامي ، د. محمد سلام مذكور •
- ٧٨ - نظرية العقد ، د. محمد شوكت •
- ٧٩ - نظرية العقد الموقوف في الفقه الاسلامي ، د. عبد الرزاق
حسن فرج •
- ٨٠ - نظرية العقد ، د. محمد شعبان حسين •
- ٨١ - مختصر أحكام المعاملات الشرعية ، علي الخفيف •
- ٨٢ - أحكام العقود في الشريعة الاسلامية ، علي قراعة •
- ٨٣ - الأجل في الالتزام ، د. عبد الناصر العطار •
- ٨٤ - سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الاسلامي ، د. جمال
محمود •
- ٨٥ - نظرية تحمل التبعة في الشريعة والقانون ، د. عبد الحميد
محمود البعلی •
- ٨٦ - الأحوال الشخصية ، أحمد ابراهيم •
- ٨٧ - المعاملات الشرعية ، أحمد أبو الفتاح •

- ٨٨ - النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية ، د. توفيق شحاتة •
- ٨٩ - مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، د. عبد الرزاق السنهوري •
- ٩٠ - نظرية العقد ، د. عبد الرزاق السنهوري •
- ٩١ - نظرية الالتزام ، د. عبد الرزاق السنهوري •
- ٩٢ - الوسيط في نظرية العقد ، د. عبد المجيد الحكيم •
- ٩٣ - الشكل في الفقه الاسلامي ، محمد وحيد الدين سوار •
- ٩٤ - التراضي في عقود المبادلات المالية ، د. السيد نشأت الدريني (رسالة) •
- ٩٥ - نظرية الشرط في الفقه الاسلامي ، د. حسن الشاذلي (رسالة) •
- ٩٦ - أحكام العقود في الشريعة الاسلامية ، د. محمد أحمد الدهمي وآخرين •

أحدى عشر - مصادر قانونية :

- ٩٧ - نظرية الالتزام ، د. أحمد حشمت أبو ستيت •
- ٩٨ - النظرية العامة للالتزامات ، د. اسماعيل غانم •
- ٩٩ - النظرية العامة للالتزامات ، د. أنور سلطان •
- ١٠٠ - النظرية العامة للالتزام ، د. جميل الشرقاوى •
- ١٠١ - النظرية العامة للالتزام ، د. عبد الرازق حسن فرج •
- ١٠٢ - النظرية العامة للالتزامات ، د. عبد السلام ذهني بك •
- ١٠٣ - النظرية العامة للالتزامات ، د. عبد المنعم البدرأوى •
- ١٠٤ - مصادر الالتزام ، د. عبد المنعم فرج الصدة •
- ١٠٥ - الغلط في القانون الألماني والمصري ، د. عبد الودود يحيى •
- ١٠٦ - النظرية العامة للالتزامات ، د. عبد الحى حجازى •

- ١٠٧ - نظرية الالتزام في القانون الروماني ، د. محمد لبيب شنب .
- ١٠٨ - الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، د. محمود جمال الدين زكي .
- ١٠٩ - الوجيز في آثار الالتزام ، د. محمد علي عمران .
- ١١٠ - المدخل للعلوم القانونية ، د. سليمان مرقس .
- ١١١ - التعليق على نصوص القانون المدني - العدل ، المستشار أنور العمروسي .
- ١١٢ - موجز في مصادر الالتزام ، د. محمد لبيب شنب .
- ١١٣ - نظرية الالتزام في القانون المغربي ، د. أحمد حسن البرعي .
- ١١٤ - النظرية العامة للالتزامات ، د. عبد الودود يحيى .
- ١١٥ - القوانين :
- القانون المدني المصري
 - القانون المدني العراقي
 - القانون المدني السوري
 - القانون المدني المغربي
 - القانون المدني الليبي
 - قانون الموجبات اللبناني
 - القانون المدني الفرنسي

* * *

مخويات الكتاب

الصفحة

ملخص وصفى لبحث ضوابط العقود في الفقه الاسلامى	٣
المقدمة	٩

فصل تمهيدى عن العقد

(١٣ - ٨٢)

المطلب الأول : تمهيد عن العقد	١٣
أولا : التطور التاريخى للعقود	١٣
ثانيا : أهمية العقود فى معاملات الناس	١٥
ثالثا : موقف التشريع الاسلامى من العقود	١٩
١ - الرضا وطيب النفس	١٩
٢ - حسن النية	٢٩
٣ - حرية التعاقد	٣٠
٤ - اعتبار العرف والعادات كأساس لتحديد الالتزامات	٣٣
٥ - الوفاء	٣٤
٦ - الأصل العقدى والصيغة الدينية	٣٦
المطلب الثانى : تعريف العقد فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى	٣٩
الفرع الأول : معنى العقد فى الفقه الاسلامى	٣٩
أولا - معنى العقد فى اللغة	٣٩
ثانيا - معنى العقد فى اصطلاح الفقهاء	٤٠
الفرع الثانى : معنى العقد فى القانون الوضعى	٤٥
موازنة بين معنى العقد فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى	
وشراحه	٤٩
الفرع الثالث : العقد والتصرف والالتزام والالزام والوعد	٥٤
١ - العقد والتصرف	٥٤
التصرف فى القانون الوضعى	٥٥
٢ - العقد والالتزام	٦٠
٣ - الالتزام والالزام	٦١

٦١	خلاصة
٦١	الالتزام والقانون
									موازنة بين تعريف الالتزام وأنواعه في الفقه الاسلامي وفقه
٦٣	القانون الوضعي
٦٤	٤ - العقد والوعد
٧٠	رد الجمهور على المخالفين لهم
٧٠	مناقشة وترجيح
٧٢	الوعد في القانون الوضعي
٧٢	أولا : العقد والاتفاق
٧٣	ثانيا : تعريف الوعد بالتعاقد وأنواعه
٧٥	ثالثا : شروط الوعد بالتعاقد
٧٨	رابعا : الآثار التي تترتب على الوعد بالتعاقد
٨١	موازنة بين الوعد في الفقه الاسلامي وفقه القانون الوضعي

الفصل الأول : تكوين العقد

(٨٣ - ٢٨٣)

٨٣	المبحث الأول : أركان العقد وشروطه
٨٣	تمهيد
٨٥	أركان العقد في القانون الوضعي
٨٧	المطلب الأول : صيغة العقد - التعبير عن الرضا وطرقه
٨٧	الفرع الأول : في الفقه الاسلامي
٨٧	أولا : الإيجاب والقبول
٨٧	(١) مذهب الحنفية
٨٨	(ب) مذهب الجمهور
٨٨	التراضى في القانون وفقهه
٨٩	ثانيا : شروط الإيجاب والقبول
٩٠	الشرط الأول : أن يكون الإيجاب والقول بلفظ الخبر
٩٠	(١) صيغة الأمر
٩٢	(ب) صيغة المضارع
٩٣	(ج) صيغة الاستفهام والاستقبال
٩٤	خلاصة وتعقيب
٩٦	التعبير بغير اللفظ
١١١	التعبير عن الإرادة في القانون وفقهه

الصفحة

١١٣	مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول
١١٦	تنفيذ العقد قد يقوم مقام القبول
١١٧	الايجاب والقبول في عقود المزاو والمناقصات
١١٧	اولا : عقود المزاو
١١٩	ثانيا : عقود المناقصات
١١٩	تعقيب
١١٩	الشرط الثاني : توافق الايجاب والقبول
١٢١	عدم تغير المحل ما بين الايجاب والقبول
١٢١	توافق الايجاب والقبول في القانون الوضعى
١٢٢	١ - الايجاب
١٢٢	٢ - القبول
١٢٣	وجوب مطابقة القبول للايجاب
١٢٥	القبول في عقود الازعان
١٢٥	تعريف عقد الازعان
١٢٦	حكم عقود الازعان في القانون
١٢٨	تعقيب
١٢٩	الشرط الثالث : اتصال القبول بالايجاب في مجلس العقد
١٢٩	التعاقد بين حاضرين ومجلس العقد
١٢٩	المقصود بمجلس العقد
١٣١	عقود مستثناة من اشتراط القبول في مجلس العقد
١٣٢	النتائج التى تترتب على مجلس العقد
١٣٤	عقود يلتزم فيها الموجب بايجابه ما لم يرفض الطرف الاخر
١٣٤	خيار المجلس
١٣٥	القائلون بخيار المجلس وحججهم
١٣٧	المانعون لخيار المجلس
١٣٩	الفرع الثانى : فى القانون الوضعى وفقهه
١٣٩	اقتران القبول بالايجاب فى القانون الوضعى وفقهه
١٤٠	اثر الموت وفقد الأهلية على التعبير عن الإرادة فى القانون المصرى
١٤٣	الايجاب الملزم
١٤٤	سقوط الايجاب
١٤٥	اولا - التعاقد بين حاضرين ومجلس العقد
١٤٦	مجلس العقد

١٤٧	قاعدة فورية القبول في القوانين الحديثة
١٤٧	الأخذ بالشرعية الإسلامية في اتحاد مجلس العقد
١٤٩	ثانيا - التعاقد بين غائبين ومجلس العقد
١٤٩	١ - في الفقه الإسلامي
١٥٠	٢ - في القانون الوضعي وفقهه
١٥٤	تعقيب
١٥٧	ترجيح
١٥٨	العقود العينية
١٥٩	المطلب الثاني : طرفا العقد
١٥٩	الفرع الأول : الأهلية في الفقه الإسلامي (معناها ، أنواعها)
١٥٩	١ - أهلية الوجوب
١٦٠	٢ - أهلية الأداء
١٦١	الأهلية في القانون وفقهه
				التعريف بالأهلية وتحديد نطاقها (النظرية العامة في الأهلية
١٦٢	في القانون وفقهه)
١٦٢	١ - أهلية الوجوب
١٦٣	٢ - أهلية الأداء
١٦٦	أهلية الأداء الناقصة في الفقه الإسلامي
١٦٦	أولا : الصبي المميز
١٦٧	عقود وتصرفات الصبي المميز
١٧٠	الصبي المميز في القانون وفقهه
١٧٣	تعقيب
١٧٤	ثانيا - المعتوه
١٧٥	ثالثا - السفيفه
١٧٨	رابعا - ذو الغفلة
١٧٩	المعتوه والسففيه وذو الغفلة في القانون وفقهه (عوارض الأهلية)
١٧٩	تعريف
١٨٠	حكم المجنون والمعتوه والسففيه وذو الغفلة في القانون وفقهه
١٨٠	١ - المجنون
١٨١	٢ - المعتوه
١٨١	٣ - السففيه
١٨٤	٤ - ذو الغفلة
١٨٤	أهلية المرأة والمريض مرض الموت والمدين

١٨٥	اولا - أهلية المرأة في الشريعة الإسلامية
١٨٧	ثانيا - المريض بمرض الموت
١٩٢	ثالثا - عقود تصرفات المدين
١٩٢	الفرع الثاني : النيابة في التعاقد في الفقه الإسلامي
١٩٢	اولا - الولاية
١٩٣	معنى الولاية
١٩٣	أقسامها
١٩٣	١ - ولاية ذاتية
١٩٣	٢ - ولاية الشخص على غيره
١٩٤	٣ - ولاية الشخص على العقد بتوكيل من صاحب الشأن
١٩٤	شروط الولى
١٩٤	ثانيا - الوكالة في التعاقد
١٩٤	معناها
١٩٤	شروطها
	الى من يرجع ويتعلق حكم العقد وحقوقه في العقود التي يتولاها الوكيل
١٩٦	ثالثا - شرط محل الوكالة
١٩٨	أنواع الوكالة
١٩٨	(أ) الوكالة العامة
١٩٨	(ب) الوكالة الخاصة
١٩٩	نظرية النيابة في التعاقد في القانون وفقهه
٢٠٠	١ - تعريف النيابة وأنواعها
٢٠١	أنواع النيابة
٢٠١	٢ - شروط تحقق النيابة
٢٠٢	(أ) حلول ارادة النائب محل ارادة الأصل
٢٠٢	(ب) أن يكون التعاقد باسم الأصل
٢٠٥	(ج) تعاقد النائب في حدود السلطة المخولة له
٢٠٨	اقرار الأصل للعمل الذي جاوز فيه النائب حدود نيابته
٢٠٩	٣ - آثار النيابة
٢١٠	العلاقة بين النائب والغير
٢١٠	العلاقة بين النائب والأصيل
٢١٠	العلاقة بين الأصل والغير
٢١١	تعقيب وموازنة

الفرع الثالث : تولى عاقد واحد العقد عن الجانبين (تعاقد	
الشخص مع نفسه)	٢١٢
أولا - في الفقه الاسلامي	٢١٢
ثانيا - تعاقد الشخص مع نفسه في القانون وفقهه	٢١٣
تعقيب وموازنة	٢١٥
المطلب الثالث : المعقود عليه (محل العقد)	٢١٦
المقصود به	٢١٦
شروطه	٢١٧
١ - أن يكون قابلا لحكم العقد شرعا	٢١٧
النظام العام والآداب	٢١٩
تعقيب وموازنة	٢٢٠
٢ - أن يكون المحل موجودا وقت التعاقد	٢٢١
أولا - الشيء موجود في أصله وقت التعاقد ثم يتكامل بعده	٢٢٢
ثانيا - الشيء غير موجود فعلا وقت التعاقد ولكنه محقق	
الوجود في المستقبل	٢٢٣
ثالثا - الشيء موجود في أصله ولكنه غير محقق الوجود في	
المستقبل	٢٢٤
الفرر	٢٢٤
أصل الفرر	٢٢٤
الفرر والجهالة	٢٢٥
٣ - أن يكون ممكن التسليم	٢٢٥
في القانون يكون المحل موجودا أو ممكنا	٢٢٦
تعقيب وموازنة	٢٢٩
٤ - أن يكون المحل معلوما للطرفين علما ينفي عنه الجهالة	
الفاحشة والمفضية الى النزاع	٢٣٢
(١) في حالة ما اذا كان المعقود عليه موجودا عند العقد	٢٣٢
(ب) في حالة ما اذا كان المعقود عليه غير موجود عند العقد	٢٣٢
وفي القانون يشترط أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعين	٢٣٣
تعقيب وموازنة	٢٣٤
المبحث الثاني : الارادة العقدية	٢٣٦
المطلب الأول : عناصر الارادة الباطنة	٢٣٦
الاختيار والرضا	٢٣٦

المطلب الثاني : موقف الفقهاء المسلمين من الإرادة الباطنة والظاهرة	
(القصد والتعبير)	٢٣٨
المطلب الثالث : توافق الإرادة الظاهرة والباطنة واختلافهما (تطابق	
الإرادة الباطنة مع التعبير وعدمه)	٢٤٢
الفرع الأول : حالات انتفاء الإرادة الباطنة	٢٤٢
أولا - صورية العقود	٢٤٢
١ - حالة المواضعة والتلجئة	٢٤٢
٢ - الهازل	٢٤٣
ثانيا - عبارة المجنون والمغمى عليه والصبي غير المميز وما في	
حكمها من عبارة الملقن والمعلم	٢٤٤
(أ) عقد السكران	٢٤٥
(ب) عقد المخطيء والناسي	٢٤٦
الفرع الثاني : عيوب الإرادة أو عيوب الرضا	٢٤٦
أولا - الإكراه	٢٤٧
معناه ، وأنواعه	٢٤٧
١ - الإكراه الملجئ	٢٤٧
٢ - الإكراه غير الملجئ	٢٤٧
أثر الإكراه في التصرفات القولية	٢٤٨
أولا - التصرفات الانشائية	٢٤٩
ثانيا - الإقرار	٢٥٠
الإكراه في القانون وفقهه	٢٥٠
الإكراه في القانون (الخوف)	٢٥١
تعريف	٢٥١
مصدر الإكراه	٢٥٢
شروط الإكراه	٢٥٤
تعقيب وموازنة	٢٥٦
ثانيا - الغلط	٢٥٩
أنواعه	٢٥٩
أولا : الغلط في العقود عليه	٢٥٩
ثانيا : الغلط في الشخص	٢٦١
ثالثا : الغلط في القيمة	٢٦٢
رابعا : الغلط في الحكم الشرعي	٢٦٢
الغلط في القانون وفقهه	٢٦٣

٢٦٣	تعريف
٢٦٣	شروط الغلط
٢٦٤	الشرط الأول : يجب أن يكون الغلط جوهريا
٢٦٦	الشرط الثاني : أن يكون الغلط داخلا في نطاق التعاقد
٢٦٧	موازنة بين الفقه الاسلامى والقانون وفقهه
٢٦٨	ثالثا - التدليس
٢٦٨	معناه والضابط فيه
٢٦٩	انواعه : أولا - التدليس العملى أو الفعلى
٢٦٩	ثانيا - التدليس القولى
٢٧٠	ثالثا - التدليس بالكتمان
٢٧٠	حكم التدليس
٢٧١	التدليس فى القانون وفقهه
٢٧١	تعريف التدليس - وشروطه
٢٧١	١ - استعمال طرق احتيالية
٢٧٣	٢ - أن يكون التدليس هو الدافع الى التعاقد
٢٧٣	٣ - أن يكون التدليس صادرا من المتعاقد الآخر
٢٧٣	العلاقة بين التدليس والغلط
٢٧٥	موازنة بين الفقه الاسلامى والفقه القانونى
٢٧٥	رابعا - الغبن
٢٧٥	معناه وضابطه وأنواعه
٢٧٦	أثر الغبن على العقود والتصرفات
٢٧٧	الغبن والاستغلال فى القانون وفقهه
٢٧٧	تعريف
٢٧٨	شروط الاستغلال
٢٨١	أثر الاستغلال فى القانون
٢٨٢	حالات الغبن المادية فى القانون
٢٨٢	تحليل وموازنة بين الفقه الاسلامى والقانون وفقهه

الفصل الثانى : شروط العقود وأقسامها

(٢٨٤ - ٣٢١)

٢٨٤	المبحث الأول : شروط العقود
٢٨٤	معنى الشرط
٢٨٤	النوع الأول : شرط شرعى
٢٨٥	النوع الثانى : شرط جعلى

الصفحة

أولا : شرط انعقاد العقد	٢٨٥
١ - فيما يتعلق بأهلية العاقلين	٢٨٥
٢ - توافق الإيجاب والقبول	٢٨٦
٣ - شرعية المحل	٢٨٦
٤ - اتصال الإيجاب والقبول	٢٨٧
ثانيا : شرط صحة العقد	٢٨٧
ثالثا : شروط نفاذ العقد	٢٨٧
رابعا : شروط لزوم العقد	٢٨٨
أهم الخيارات	٢٨٨
١ - خيار الشرط	٢٨٨
٢ - خيار الرؤية	٢٩٠
٣ - خيار العيب	٢٩١
اشتراط البراءة من العيوب	٢٩٢
مدى حرية المتعاقدين في اشتراط الشروط	٢٩٢
١ - المذهب الحنفى : أولا - الشروط الصحيحة	٢٩٣
ثانيا - الشروط الفاسدة	٢٩٣
ثالثا - الشروط الباطلة	٢٩٤
٢ - المذهب المالكي : أولا - الشروط الصحيحة	٢٩٥
ثانيا - الشروط الفاسدة	٢٩٥
٣ - عند الشافعية	٢٩٥
٤ - عند الحنابلة	٢٩٦
هل الأصل في الشروط الحظر أم الإباحة ؟	٢٩٧
مدى حرية العاقد في اشتراط الشروط في القانون	٢٩٩
المبحث الثانى : أقسام العقود	٣٠١
أقسام العقود	٣٠١
أولا - تنقسم العقود من ناحية الصيغة الى ثلاثة أقسام	٣٠١
١ - العقد المنجز	٣٠١
٢ - العقد المضاف	٣٠١
٣ - العقد المعلق	٣٠٢
ثانيا - أقسام العقود بحسب طبيعتها ونوعها	٣٠٣
١ - عقود المعاوضات	٣٠٣
٢ - عقود التبرعات	٣٠٤
٣ - عقود الاسقاطات	٣٠٤

الصفحة

٣٠٤	٤ - عقود الاطلاقات
٣٠٥	٥ - عقود التقييدات
٣٠٥	٦ - عقود الشركات
٣٠٥	٧ - عقود التأمينات أو التوثيق أو الضمانات
٣٠٥	٨ - عقود الاستحفاظات
٣٠٦	ثالثا - أقسام العقود باعتبار وصفها بالصحة والبطلان
٣٠٦	العقد الصحيح
٣٠٧	العقد غير الصحيح
٣١٠	تقسيم العقود في القانون وفقهه
٣١٠	أولا : العقود المسماة والغير مسماة
٣١٠	العقد المسمى
٣١١	العقد غير المسمى
٣١٢	ثانيا : العقد الرضائي والشكلي والعيني
٣١٢	العقد الرضائي
٣١٢	العقد الشكلي
٣١٣	العقد العيني
٣١٤	ثالثا : عقود المساومة وعقود الاذعان
٣١٤	رابعا : عقود بسيطة وعقود مختلطة
٣١٥	خامسا : عقود ملزمة للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد
٣١٦	سادسا : عقود المعاوضة وعقود التبرع
٣١٨	سابعا : عقود محدودة وعقود احتمالية
٣١٨	ثامنا : العقود الفورية وعقود المدة أو العقد الزمني
٣٢٠	تاسعا : العقد الفردي والعقد الجماعي
٣٢٠	عاشرا : العقود الادارية والتجارية والمدنية
٣٢١	تعقيب وموازنة
٣٢٢	فهرس المراجع
٣٣٠	محتويات الكتاب

* * *

دار الكتب
بدمشق

رقم الايداع بدار الكتب ١٩٨٩/٥٠٧٥

دار الكتب
بدمشق
٩٢٥٣٠٤
الزهر ٣ رمضان ١٤١١ هـ - جوارح عامه الدعاء

كتب للمؤلف

- الملكية وضوابطها فى الاسلام •
دراسة مقارنة مع أحدث التطبيقات العلمية المعاصرة
- فقه المراجعة •
فى التطبيق الاقتصادى المعاصر •

